

La Communication du Dossier des Fonctionnaires

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

*Présentée et soutenue à la Faculté de Droit
de l'Université de Paris
le Lundi 6 Mars 1933*

PAR

JEAN DEBRY

Président : M. MESTRE

*Suffragants : MM. JÈZE
JOSEPH-BARTHÉLEMY*

Imprimerie

LES PRESSES MODERNES

45, rue de Maubeuge — PARIS

1933



Digitized by the Internet Archive
in 2026

**La Communication
du Dossier
des Fonctionnaires**

UNIVERSITÉ DE PARIS - FACULTÉ DE DROIT

La Communication du Dossier des Fonctionnaires

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

*Présentée et soutenue à la Faculté de Droit
de l'Université de Paris
le Lundi 6 Mars 1933*

PAR

JEAN DEBRY

Président : M. MESTRE
Suffragants : MM. JÈZE
JOSEPH-BARTHÉLEMY

Imprimerie
LES PRESSES MODERNES
45, rue de Maubeuge — PARIS

1933

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



INTRODUCTION

La règle de la communication du dossier a été introduite dans notre législation par l'article 65 de la loi de finances du 22 avril 1905, ainsi conçu : « Tous les fonctionnaires civils et militaires, tous les employés de toutes administrations publiques ont droit à la communication personnelle et confidentielle de toutes les notes, feuilles signalétiques et tous autres documents composant leur dossier, soit avant d'être l'objet d'une mesure disciplinaire ou d'un déplacement d'office, soit avant d'être retardés dans leur avancement à l'ancienneté ».

Cet article, qui consacre dans notre pratique administrative une règle de franchise et de dignité, a fait l'objet de divergences prolongées entre les deux chambres. Il ne fallut pas moins de quatre délibérations au Sénat, pour arriver à un accord, sur le texte que nous venons de citer.

L'origine de ce dernier se trouve dans un amendement de M. Sembat déposé sous la forme d'un article additionnel dont voici le texte : « Tous les fonctionnaires civils et militaires, tous les employés et ouvriers de toutes administrations publiques ont droit à la communication de toutes les notes, feuilles signalétiques et tous autres documents composant leur dossier ».

Le but en était de mettre fin à la pratique des dossiers secrets qui sévissait à cette époque. En effet, à la fin de l'année 1904 et au début de l'année 1905, un certain nombre de faits de délation divulgués à la tribune, avaient permis de constater que dans certaines administrations publiques les procédés les plus blâmables étaient employés. A côté des dossiers officiels, il avait été constitué pour certaines catégories de fonctionnaires, une série de fiches secrètes. Et naturellement, les intéressés étaient jugés par leurs supérieurs hiérarchiques, d'après les renseignements contenus dans ces dossiers secrets, renseignements qui souvent avaient été recueillis dans des conditions excluant toute garantie d'impartialité.

Aussi vif que fut le désir de chacune des assemblées de mettre un terme à cette affaire, dite des fiches, elles différèrent d'avis sur les moyens à employer pour arriver à ce résultat. La Chambre, dont la volonté s'était affirmée, à plusieurs reprises de mettre fin à cet abus des notes secrètes, adopta d'emblée l'article sans discussion. Mais au Sénat, de vives résistances se firent sentir : résistances qui, ainsi que nous l'avons dit ne furent réduites qu'à la quatrième délibération.

M. Séblin essaya d'annihiler pratiquement le texte voté par la Chambre en déposant un amendement tendant à y ajouter les mots suivants : « et émanant de personnes autres que leurs supérieurs hiérarchiques », afin de maintenir les principes essentiels de l'autorité.

Cet amendement fut appuyé par l'amiral de Cuverville, qui invoqua les intérêts de la discipline dans les armées de terre et de mer. Le général Billot, à son tour, insista sur le caractère impraticable de l'article

émanant de la Chambre. Il demanda au Sénat de le repousser, en laissant au Gouvernement le soin de prendre les mesures nécessaires pour éviter le retour des faits de délation, tout en maintenant la discipline et le bon ordre dans l'armée et dans les administrations publiques. Les raisons développées emportèrent par trois fois le vote du Sénat. Cependant, lors de la troisième délibération, le sénateur Milliès-Lacroix, déposa un amendement, dont le texte légèrement modifié devait devenir l'article 65 de la loi de Finances. Lors de son intervention, le sénateur Milliès-Lacroix fit remarquer, qu'en présence des décisions successives et concordantes prises par toutes les fractions de la Chambre des Députés, il était nécessaire de rechercher un terrain de transaction. Mais, nous venons de le voir, une fois de plus, la Haute Assemblée refusa de s'engager dans cette voie.

Lors de la quatrième délibération de la Chambre, la commission de cette assemblée, pour témoigner de ses intentions conciliantes fit adopter un texte identique au présent article 65 et qui ne différait guère de l'amendement de M. Milliès-Lacroix que par l'addition des mots « ou d'un déplacement d'office ». Cette fois le Sénat s'inclina et adopta purement et simplement le dernier texte voté par la Chambre.

Cette résistance du Sénat fut-elle inutile, et eut-il été préférable de consacrer législativement le premier amendement de M. Sembat ? — Si l'on y regarde d'un peu près, on s'aperçoit rapidement qu'il n'en est rien. Car, au fond, que voulait M. Sembat ? — Tout simplement comme il le disait lui-même : « l'administration au grand jour ». Il s'inspirait de cette idée, qu'un

homme qui accepte d'être le chef d'autres hommes, ne doit pas seulement avoir des qualités intellectuelles et des connaissances professionnelles, mais doit, en outre, avoir du caractère. Il faut, lorsqu'un chef a des reproches à faire à l'un de ses inférieurs qu'il ait la franchise de lui dire en face : « Voici le grief que j'ai contre vous ; voici en quel point votre service laisse à désirer ». Ne pas avoir l'énergie de formuler ouvertement des observations, et au contraire abriter d'une façon hypocrite sa timidité derrière un soi-disant secret administratif, c'est se montrer indigne d'être un chef, c'est s'avouer incapable de commander des hommes. Il est de plus inadmissible, que dans un bureau, des employés vivant en contact journalier avec leur chef, puissent penser que ce chef n'ose pas être franc et que peut-être quand il leur dit : « Je suis satisfait de vous, je vous note bien », par derrière il les note mal.

C'est pour faire en sorte qu'à l'avenir cet état de choses ne puisse plus exister, que M. Sembat demandait pour les fonctionnaires, le droit d'exiger la communication de leur dossier : communication qui eût empêché que leurs intérêts professionnels fussent lésés par des documents composant leur dossier, dont ils n'auraient pas eu connaissance, et contre lesquels, par conséquent, ils n'auraient pas pu se défendre.

Mais pour arriver à ce résultat, était-il nécessaire de donner au fonctionnaire le droit de demander à tout instant, dans n'importe quelle circonstance, la communication de son dossier ? Nous ne le pensons pas. Car donner à chacun le droit d'exiger cette communication lorsque tel est son bon plaisir, c'eût été créer un conflit permanent entre chefs et subordonnés, c'eût été ad-

mettre que des demandes intempestives et trop souvent abusives, puissent venir entraver le bon fonctionnement des services publics.

Pour atteindre le but visé, c'est-à-dire pour protéger le fonctionnaire, il suffisait de le mettre à même de se défendre lorsque ses intérêts étaient menacés. Il était alors possible de choisir entre deux moyens : le premier d'entre eux qui avait été proposé au Sénat, consistait à admettre qu'aucun fonctionnaire ne puisse être l'objet d'une mesure disciplinaire ou d'un retard dans l'avancement à l'ancienneté, que sur un rapport motivé, préalablement communiqué à l'intéressé. Ainsi la communication du dossier était évitée, et néanmoins, disait-on, le fonctionnaire pouvait se défendre, puisqu'il connaissait les faits à lui reprochés, grâce au rapport motivé qui devait lui être communiqué préalablement à la mesure disciplinaire.

Si nous reconnaissons que l'existence de ce rapport motivé eut souvent permis au fonctionnaire de démontrer le mal-fondé de certains reproches, de faire rectifier certaines erreurs d'appréciation, il n'en est pas moins vrai, que c'était là une garantie insuffisante. Car le rapport pouvait dissimuler les raisons réelles de la mesure disciplinaire qui le frappait. De plus, lorsqu'on se décide à sévir contre quelqu'un, on tient compte de ses états de service antérieurs, et très souvent, la faute qui a été suivie d'une mesure disciplinaire, n'est que la cause occasionnelle de cette sanction. C'est en réalité l'ensemble des fautes précédentes relevées contre le fonctionnaire, qui rend nécessaire la sanction. Et alors si dans le dossier de l'intéressé se trouvent des erreurs, si certains faits lui sont repro-

chés à tort, il n'aura néanmoins aucun moyen de se justifier puisque le rapport qui lui sera communiqué, n'en fera pas état, et se bornera très souvent à relever la dernière faute commise. Par conséquent le rapport préalable à la sanction n'est pas une mesure suffisamment efficace. Il faut que le fonctionnaire puisse s'assurer qu'on ne lui dissimule pas le motif vrai de la mesure disciplinaire, dont il est l'objet. Or, il ne pourra s'en assurer que si on lui donne le droit de consulter l'intégralité de son dossier lorsqu'il est sous le coup d'une pareille mesure. Et c'est finalement cette façon de voir, qui a triomphé devant les Chambres, et qui a été consacré par l'art. 65 de la loi du 22 avril 1905.

Cette règle de la communication du dossier était-elle aussi révolutionnaire que certains voulaient bien le dire lors de la discussion législative ? Introduisait-elle dans les services publics un « principe dissolvant, un principe d'anarchie », qui, à brève échéance, devait amener la fin de toute administration, la destruction de toute discipline, comme cela fut dit au Sénat ? Manifestement non. Un texte qui consacre un régime de franchise, de loyauté, qui fait prendre à chacun la responsabilité de ses actes et de ses appréciations, peut laisser à désirer dans la façon dont il a été rédigé, mais dans son principe il est bon. Il met fin au régime qui existait dans certaines administrations et où des chefs portaient sur leurs subordonnés des appréciations dictées par la plus impardonnable partialité, parce qu'ils savaient que les intéressés n'auraient pas connaissance des rapports qu'ils rédigeaient.

Nous ne voulons pour preuve de cet état de choses, que les précisions apportées par le Président du Conseil lors de la discussion devant la Chambre, en ce qui

concerne les conditions d'application de l'article 65. Il spécifia, que cet article, ne comportait pas de rétroactivité. Il entendait par là, que ce ne seraient pas les dossiers, tels qu'ils existaient alors, qui seraient communiqués aux intéressés, mais les dossiers tels qu'ils existeraient dans l'avenir. Tout ce qui ne devait pas demeurer dans un dossier, tout ce qui n'aurait pas dû y figurer devait être éliminé et détruit. M. Bertheaux, ministre de la Guerre, intervint également, pour indiquer que les dossiers ne seraient pas communiqués dans l'état où ils étaient, parce que les chefs, qui avaient rédigés les pièces pouvaient croire qu'elles ne seraient pas connues des intéressés, et par suite avaient pu les rédiger en termes qu'ils auraient, en d'autres circonstances, remplacés par d'autres expressions. « C'est donc le dossier, ajoutait-il, tel qu'il doit rester définitivement, tel par conséquent que les fonctionnaires ont le droit légitime de connaître et intérêt à consulter, qui sera communiqué. En dehors de ce dossier communiqué, nul autre dossier secret et caché ne subsistera ».

Il est inutile de souligner à quel point est bienfaisante une règle qui met fin en somme, à une hypocrisie officielle dans les rapports de chefs à subordonnés. Bien loin d'introduire dans l'administration un principe d'anarchie, elle fortifie la discipline en instituant dans les rapports hiérarchiques, un régime de loyauté chez les uns et de confiance chez les autres. D'ailleurs, il faut le dire, dans beaucoup d'administrations publiques, les chefs qui avaient conscience de leurs devoirs n'avaient pas attendu le vote de la loi que nous étudions pour en appliquer les principes. Jamais ils n'avaient

craint de faire connaître à leurs subordonnés les motifs pour lesquels leur avancement était retardé et d'assumer la responsabilité des notes qu'ils étaient appelés à donner sur leurs aptitudes professionnelles ; jamais ils ne les avaient frappés d'une peine disciplinaire sans les avoir avertis d'avance et sans les avoir entendus dans leur défense. En agissant ainsi ces chefs avaient-ils affaibli la discipline dans leur service ? Personne n'osera le soutenir.

Ainsi donc, à notre sens, aucune objection sérieuse ne peut être faite au principe de la communication du dossier. Il n'en est malheureusement pas de même de la forme qui lui a été donnée lors de la rédaction de l'article 65. On a pu dire que cette disposition législative, introduite dans une loi de finances est le type des lois mal faites. Et il y a dans cette affirmation une grande part de vérité. L'article 65 est en effet, mal rédigé, parce que le législateur a cédé à cette habitude de plus en plus répandue de nos jours, d'insérer des règles de droit dans des lois de finances. Habitude évidemment déplorable parce que pressé par le temps, il n'a recours qu'à une improvisation hâtive qui ne permet pas de mettre bien au point un texte de loi. Dans le cas qui nous occupe, le législateur, n'a vu qu'un côté de la question, il n'a vu que le besoin du fonctionnaire d'être protégé contre les sanctions arbitraires, et il n'a pas vu les exceptions nécessaires, qu'exigeait la bonne marche des services publics. Nous aurons, en effet, l'occasion de voir par la suite, qu'il s'est trouvé des circonstances où manifestement l'article 65 était inapplicable, sous peine de compromettre la marche régulière des services publics. Et si un texte aussi mal ré-

digé, ne comportant pas les restrictions nécessaires à son application, put dans la pratique donner des résultats aussi satisfaisants, cela n'est pas dû seulement à la valeur morale du principe qu'il consacrait, mais en grande partie à la manière très souple, très compréhensive dont il fut appliqué par la jurisprudence si finement nuancée du Conseil d'Etat.

CHAPITRE I

PERSONNES AUXQUELLES S'APPLIQUE LA RÈGLE DE LA COMMUNICATION DU DOSSIER

La communication du dossier, préalable à toute mesure disciplinaire peut être demandée d'après l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, par tous les fonctionnaires civils et militaires, ainsi que par les employés de toutes les administrations publiques.

Donner une définition satisfaisante du fonctionnaire public, ne laisse pas d'être difficile. Aussi étonnant que ce soit, la notion de fonctionnaire n'est définie par aucun texte de loi et dans les décisions des tribunaux on ne rencontre que rarement des définitions de principe. Cette hésitation du législateur, à déterminer législativement les personnes qui doivent être regardées comme fonctionnaires, cette même hésitation de la jurisprudence à donner une solution d'ensemble, trouvent leur explication dans le fait que la notion de fonctionnaire public, loin d'être uniforme, est susceptible de variantes, et n'est pas rigoureusement semblable à elle-même selon le point de vue auquel on se place. En effet, cette notion, peut être plus ou moins compréhensive, peut avoir plus ou moins d'extension suivant qu'on l'envisage du point de vue pénal, ou du point de vue administratif. Par exemple, en ce qui concerne l'application des articles 175 et suivants du Code Pénal qui ont trait à certains délits commis par des fonctionnaires, les juridictions pénales ont dégagé une notion du fonctionnaire qui n'est pas la même que celle

à laquelle ces mêmes tribunaux se réfèrent en matière de délits de presse et ces définitions elles-mêmes sont abandonnées lorsqu'on recherche devant le tribunal des conflits, la juridiction compétente pour connaître d'un acte dont on se demande s'il est un acte plurilatéral investissant un fonctionnaire d'une certaine compétence, ou bien un simple contrat de louage de service ressortissant au droit privé. Ces observations préliminaires faites, nous allons essayer de donner une définition générale du fonctionnaire public. Aussi intéressant que cela soit, nous n'avons pas l'intention de nous étendre sur la nature des liens qui unissent le fonctionnaire à la personne morale de droit public dont il dépend. Nous allons rechercher simplement quel est le critérium permettant de distinguer un fonctionnaire d'un non-fonctionnaire. Après quoi, il nous suffira de donner quelques explications complémentaires, pour que l'on sache exactement à qui s'applique la garantie de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905.

Actuellement la jurisprudence semble admettre une conception qui fait du fonctionnaire, l'individu qui collabore d'une façon régulière et permanente à la gestion d'un service public. Déjà un projet de loi sur le statut des fonctionnaires, déposé à la Chambre des Députés, le 25 mai 1909, indiquait dans le même ordre d'idées, que : « Sont considérés comme fonctionnaires, pour l'application de la présente loi, tous ceux qui, en qualité de délégués de l'autorité publique, d'employés, d'agents ou de sous-agents occupent dans un service public de l'Etat, un emploi permanent, rémunéré par un traitement mensuel, ou par l'allocation de remises, et auront droit au bénéfice éventuel d'une pension de

retraite ». Mais cette définition a été critiquée. Elle manque, en effet, de simplicité et d'autre part, elle fait état de certains traits extérieurs, comme l'existence d'un traitement, le droit à une pension de retraite, dont on ne peut rien tirer de précis. Il nous semble que l'on peut avantageusement y substituer la suivante : « Doit être considéré comme fonctionnaire, celui qui, ayant accepté une nomination de l'Administration à un poste déterminé, collabore d'une manière continue à la gestion de la chose publique ».

Cette définition, essentiellement pratique, demande à être éclaircie de quelques explications, au moins en ce qui concerne l'idée de collaboration régulière et permanente à un service public.

En effet, les services publics forment un élément essentiel de l'Etat, qui n'est, en réalité, qu'une coopération de services publics, dont les gouvernants sont les gérants. Il y a là une série d'activités tellement importantes pour le maintien et le développement de la vie nationale, que la conscience juridique à un moment, et dans un pays donnés, considère que c'est une obligation positive pour les gouvernants d'en assurer le fonctionnement. Si donc, la continuité est essentiellement de la nature du service public, on comprendra qu'il ne soit pas possible de concevoir le fonctionnaire autrement que collaborant d'une façon régulière et permanente à la chose publique.

Il faut donc s'attacher avant tout, à cette idée de collaboration régulière et permanente. Mais cette régularité, et cette permanence, doivent exister beaucoup plus dans la fonction ou l'emploi occupé que dans la collaboration de tel ou tel individu dont la qualité de

fonctionnaire est contestée. C'est parce que c'est cette fonction qui doit être régulière et permanente, que l'on donne parfois du fonctionnaire une définition légèrement différente de la précédente, tout au moins dans les termes : « Le fonctionnaire est l'individu qui fait partie des cadres réguliers et permanents d'une administration publique ».

Cela étant, quel sens convient-il de donner aux mots « réguliers » et « permanents » ? — Il nous semble que l'on peut dire, qu'une collaboration est régulière lorsque l'emploi occupé par le fonctionnaire est l'un de ceux qui sont expressément prévus, ou dont le nombre est prévu avec précision (au moins dans la mesure d'un maximum déterminé) par les lois organiques du service ou par les lois budgétaires.

Quant au caractère permanent de la collaboration, il faut l'entendre, non pas dans ce sens, que tel individu exerce une activité quotidienne et constante au service public, mais en ce que l'emploi qu'il occupe est de ceux qui doivent toujours, en principe, avoir un titulaire à un moment donné. Il importe peu qu'un individu, nommément désigné n'exerce la fonction que pour un temps déterminé et non pendant toute la durée de sa carrière. Ainsi, les fonctionnaires électifs, qui ne collaborent au fonctionnement du service public que pendant la durée de leur mandat électif n'en sont pas moins de véritables fonctionnaires, parce que leur emploi est permanent et qu'ils ne le quitteront, si leur mandat n'est pas renouvelé, que pour transmettre leurs pouvoirs à leur successeur. C'est le cas, par exemple, pour les maires qui, élus pour quatre ans, occupent un emploi permanent, et qui ne saurait, sauf excep-

tions, rester sans titulaire. Il en est encore de même si les fonctions ne sont exercées effectivement que pendant certaines périodes de l'année, parce que dans l'intervalle de ces périodes, le fonctionnaire reste titulaire de l'emploi: c'est le cas des membres des assemblées politiques et administratives qui restent soumis aux obligations de leur charge et, corrélativement, continuent de bénéficier des prérogatives qui y sont attachées, même dans l'intervalle des sessions.

Par contre, lorsque certaines fonctions, ne correspondent à aucun emploi doté d'un titulaire permanent, ceux qui les exercent pendant un court laps de temps, ne sauraient être qualifiés de fonctionnaires. Les jurés criminels, par exemple, ne sont pas des fonctionnaires, parce que dans l'intervalle des sessions d'assises, il n'y a personne qui soit revêtu de cette charge. Les jurés, ne sont désignés qu'immédiatement avant chaque session et cessent leurs fonctions dès la clôture de celle-ci. Avant et après ces deux opérations, il n'y a pas de jurés. Il n'y a donc pas là d'emploi doté de titulaires permanents.

Ainsi donc, ce qui caractérise le fonctionnaire, c'est sa participation permanente et normale au fonctionnement d'un service public, sans qu'il y ait à tenir compte des actes qu'il accomplit. Qu'il fasse des actes d'ordre juridique, ou simplement des opérations purement matérielles, il est et reste fonctionnaire. Il est fonctionnaire, même s'il ne fait que des actes d'ordre technique, identiques à ceux qu'accomplissent les salariés de l'industrie privée. Il n'y a pas lieu non plus de mettre dans une classe à part, les ouvriers des ser-

vices publics. Si ces ouvriers sont compris dans les cadres permanents du service, ils sont fonctionnaires : ils ne peuvent pas prétendre le contraire et soutenir qu'ils sont dans une situation identique à celle des ouvriers des entreprises privées. Evidemment, il en est autrement des ouvriers employés à titre d'auxiliaires ou de stagiaires et ne rentrant pas dans les cadres permanents du service. Ceux-ci ne sont pas fonctionnaires, non parce qu'ils sont des ouvriers, mais parce qu'ils ne participent pas d'une manière permanente et normale au fonctionnement du service public.

Cet exposé théorique terminé, nous allons rechercher de quelle façon la jurisprudence applique les différents principes que nous venons d'exposer. Nous essaierons de mettre en relief les différents critères auxquels la jurisprudence s'est attachée dans les divers cas qu'elle a eu à trancher. Il va sans dire que la jurisprudence que nous étudions est celle du Conseil d'Etat qui est la plus qualifiée dans une matière qui ne relève que très accessoirement du droit pénal et beaucoup plus du droit administratif, et puisqu'en fin de compte nous ne nous étendons sur la notion de fonctionnaire que pour savoir au juste à quelles personnes s'applique la règle de la communication du dossier.

La jurisprudence distingue tout d'abord des cas où la loi ou le règlement eux-mêmes indiquent la solution, en déclarant formellement que tels ou tels emplois entraînent ou non la qualité de fonctionnaire, comme c'est le cas par exemple pour le décret du 15 mai 1922, article 7, concernant les receveurs buralistes.

Il y a également des hypothèses où le Conseil d'Etat, est amené à interpréter les intentions du législateur à

un point de vue très spécial, et ne permettant aucune induction générale. Par exemple, pour l'application de la loi du 13 juillet 1911, article 90, qui fixe les conditions dans lesquelles des fonctionnaires peuvent être nommés maîtres des requêtes au Conseil d'Etat, les services administratifs doivent être définis non point d'après les règles générales sur le statut des fonctionnaires « mais bien dans l'esprit de la loi du 13 juillet 1911 elle-même, et des garanties qu'elle a entendu établir pour la nomination directe aux fonctions de maître des Requêtes au Conseil d'Etat » (1).

En dehors de ces deux cas spéciaux, le Conseil d'Etat tient compte d'ailleurs d'une façon un peu flottante de quatre éléments :

- a) condition dans lesquelles est choisi et nommé l'agent.
- b) nature des fonctions qu'il exerce.
- c) conditions dans lesquelles il les exerce.
- d) caractère de sa rémunération.

Tout d'abord, les employés choisis librement et sans l'observation de conditions réglementaires par ceux dont ils sont appelés à devenir les collaborateurs immédiats, ne sont pas des fonctionnaires, mais les employés personnels de ceux qui les ont choisis. C'est ainsi que le Conseil d'Etat, a décidé que les commis d'enregistrement et des hypothèques sont des auxiliaires employés au service personnel des directeurs et receveurs de l'enregistrement et des conservateurs des hypothèques ; qu'étant donné qu'ils sont choisis et nommés par ces fonctionnaires, qu'ils sont rémunérés par eux sur leurs

(1) Conseil d'Etat : 11 Avril 1919 — Labussière.

traitements et qu'ils sont responsables vis-à-vis d'eux seuls de leurs fautes ou négligences ; que, par ailleurs, aucun texte de loi ou de règlement ne faisant mention de ces commis, ils ne font pas partie de la hiérarchie, ni du cadre de l'administration de l'Enregistrement et que, par conséquent, ils ne peuvent à aucun titre, être considérés comme des fonctionnaires (2).

Ensuite, en second lieu, quant à la nature des fonctions exercées, certaines décisions, se sont attachées à un triple critérium : fonctions définies et précisées par un règlement administratif (3), objet d'intérêt public (2) et enfin contrôle de supérieurs hiérarchiques (2) ou tout au moins de commissions ou de corps administratifs (3).

Le Conseil d'Etat, exige également dans de nombreux arrêts que les fonctions exercées soient permanentes et non temporaires ou accidentelles. Ainsi par exemple, un médecin civil qui a été nommé suppléant d'un médecin major, n'est pas un fonctionnaire, car la mission qui lui est confiée, est toute temporaire et ne lui donne droit qu'à une indemnité calculée sur la durée des services effectivement rendus à l'Armée (4).

Un troisième élément d'appréciation réside dans les conditions dans lesquelles les agents exercent leurs fonctions : il faut entendre par là, d'une part l'existence d'un statut qui les protège et, d'autre part, la

(2) Conseil d'Etat : 24 Novembre 1916 — Vuillaume.

Dans le même sens: C. d'E.: 26 Janv. 1917 — Bellevallée.

(3) Conseil d'Etat : 4 Avril 1914 — Chédanne.

(4) Conseil d'Etat : 20 Mars 1914 — Bessières ;

Dans le même sens : Conseil d'Etat : 27 Juillet 1923 — Dame Mosbach.

responsabilité qui sanctionne leur activité professionnelle (5).

Enfin les arrêts font souvent appel à des considérations tirées de la nature de la rémunération de l'agent. Il n'est pas nécessaire que la rémunération soit constituée par un traitement (6). Il suffit que le traitement soit au moins en partie constitué par des allocations mensuelles, le surplus pouvant être proportionnel aux travaux faits ou aux services rendus (7).

Mais il faut qu'il y ait un élément fixe et que l'indemnité ne soit pas uniquement proportionnelle aux services (8). Par contre on n'est jamais en présence d'un fonctionnaire, lorsque l'employé est rémunéré non sur les fonds publics, mais sur les deniers personnels de celui qu'il emploie (9).

Voici donc déterminés les éléments matériels qui donnent à une personne, la qualité de fonctionnaire. Mais il semble qu'il y ait une catégorie de personnes au sujet desquelles il faut se demander si l'on se trouve en présence de véritables fonctionnaires. Nous voulons parler des officiers ministériels, notaires, avoués, huissiers, etc... Il nous semble qu'il est difficile de contester leur qualité d'agents publics. C'est d'ailleurs en ce sens que se prononcent la plupart des auteurs de droit public. En effet, les officiers ministériels collaborent à un service public et ils font partie des cadres permanents. Les lois du 29 Septembre 1791, du 25 Ventôse

(5) Conseil d'Etat : 24 Novembre 1916 — Vuillaume ;

Conseil d'Etat : 26 Janvier 1917 — Bellevallée.

(6) Conseil d'Etat : 14 Avril 1913 — Petit.

(7) Conseil d'Etat : 4 Avril 1914 — Chédanne.

(8) Conseil d'Etat : 20 Mars 1914 — Bessières.

(9) Conseil d'Etat : 24 Novembre 1916 — Vuillaume.

an XI, disent expressément pour les notaires, et l'article 91 de la loi du 28 Avril 1816, pour les autres officiers ministériels au sens large du mot, qu'ils sont des fonctionnaires. Ce qui, parfois, fait qu'on leur conteste cette qualité, ce sont certaines particularités relatives à leur nomination, ainsi qu'à leur mode de rémunération.

D'une part, ils sont rémunérés au moyen de salaires payés par les individus qui ont recours à leur ministère. A ce point de vue on pourrait, semble-t-il, les assimiler à des avocats, à des médecins. D'autre part, les officiers ministériels semblent acheter leur office tout comme un commerçant achète un fonds de commerce.

En réalité, ce ne sont là que des apparences. La rémunération des officiers ministériels a le caractère, non pas d'un salaire, mais d'une taxe proprement dite ; c'est un impôt spécial que la loi autorise les officiers ministériels à prélever sur le public, d'après les tarifs fixés par les lois et règlements.

Il n'est pas exact non plus, au point de vue juridique de dire que les officiers ministériels achètent leur charge. Les choses se passent tout autrement.

Un officier ministériel est nommé par décret du Président de la République, mais c'est sur la présentation de son prédécesseur ou de l'héritier de ce dernier. Comme cette présentation n'a lieu d'ordinaire qu'à prix d'argent, dans la pratique on parle couramment de cession de l'office, on dit qu'une charge de notaire a été achetée, vendue. Mais c'est une manière tout à fait incorrecte de s'exprimer. Un agent public proprement dit, ne peut pas vendre la fonction dont il est investi.

Ce qui est dans le commerce, c'est le droit de présentation et c'est lui qui fait l'objet du contrat qui intervient entre l'officier ministériel et son successeur. Il convient, par conséquent, de décider que les officiers ministériels sont de véritables fonctionnaires.

Une question se pose maintenant. La règle de la communication du dossier s'applique-t-elle à tous les fonctionnaires, tels que nous venons de les définir. Le texte de l'article 65 ne comporte aucune restriction et paraît bien s'appliquer à tous les fonctionnaires. Cependant, malgré sa généralité, la jurisprudence décide qu'il ne s'applique pas aux maires, qui tiennent leur pouvoir de l'élection. C'est d'ailleurs la loi du 8 juillet 1908 qui a réglé les garanties données aux maires et adjoints menacés de suspension ou de révocation, sans aucune référence à la loi de 1905. Cette loi du 8 juillet 1908 ayant précisé les garanties auxquelles ont droit les maires menacés d'une mesure disciplinaire, le Conseil d'Etat n'a pas admis que l'absence de communication des pièces de l'enquête puisse être considérée comme une violation de la loi (10). D'ailleurs les maires n'ont pas de dossier administratifs au sens de l'article 65. Ils peuvent avoir un dossier politique, mais c'est tout autre chose.

D'autre part, cette exception à la règle de la communication du dossier, ne saurait être étendue à d'autres fonctionnaires, notamment à ceux qui, tout en n'étant pas élus, sont néanmoins d'ordre essentiellement politique. Cette dernière thèse fut soutenue devant le Conseil d'Etat par le Ministre des Colonies, qui prétendait

(10) Conseil d'Etat ; 17 Mars 1911 — Nourigat.

que l'article 65 ne pouvait pas s'appliquer aux gouverneurs des colonies, non plus qu'aux préfets, puisque précisément ces fonctionnaires revêtent un caractère politique. Le Conseil ne s'est pas arrêté à cet argument (11). La formalité instituée par l'article 65 n'apporte aucune entrave au pouvoir du gouvernement, l'opportunité des mesures prises continuant, comme par le passé, à échapper à toute appréciation du juge. Cette formalité ne peut dès lors soulever aucune objection au point de vue politique. La thèse du Ministre se trouvait d'ailleurs condamnée d'avance par des décisions de jurisprudence qui avaient déclaré l'article 65 applicable à un secrétaire général de préfecture (12) et à un préfet (13).

Si l'article 65 est applicable à tous les fonctionnaires, les maires exceptés, il y a encore d'autres personnes qui, sans avoir cette qualité, peuvent se réclamer de ce même texte. Ce dernier stipule qu'ont droit à la communication de leur dossier, non seulement les fonctionnaires, mais également tous les employés des administrations publiques. Sur ce point, la jurisprudence du Conseil d'Etat a varié d'une façon très sensible. Jusqu'en 1924 (14) il n'admettait au bénéfice de la loi de 1905 que les fonctionnaires proprement dits, c'est-à-dire les agents investis, en vertu d'une nomination, d'une fonction de caractère permanent, et en excluait les auxiliaires employés à titre temporaire (15). Or en

(11) Conseil d'Etat : 14 Mai 1915 — Mermant.

(12) Conseil d'Etat : 21 Février 1908 — Busoni.

(13) Conseil d'Etat : 15 Février 1918 — Gervais.

(14) Conseil d'Etat : 11 Juillet 1924 — Sayn.

(15) Conseil d'Etat : 20 Mars 1914 — Bessières ;

Conseil d'Etat : 9 Mars 1923 — Hardouin de la Forge.

1926, le Conseil d'Etat décidait, qu'une infirmière engagée par une colonie dans les formes d'un contrat de droit privé, pour remplir ses fonctions dans un hôpital de cette colonie, devait être considérée comme rentrant dans la catégorie des agents auxquels l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 accorde le droit à la communication de leur dossier avant toute mesure disciplinaire (16).

Il y a deux façons d'expliquer cette décision. On peut dire tout d'abord qu'avec elle, le Conseil d'Etat semble s'orienter vers une doctrine beaucoup moins nette que celle qu'il avait consacrée jusqu'ici, et qui faisait du fonctionnaire, l'individu lié à l'administration par un statut non pas contractuel, mais d'ordre légal et réglementaire. Déjà dans des arrêts précédents (17), il avait employé pour qualifier le lien qui unissait le fonctionnaire à l'administration, l'expression de contrat de droit public. Néanmoins tout en employant cette formule, le Conseil d'Etat écartait les conséquences d'une pénétration d'éléments contractuels, dans la condition juridique du fonctionnaire et il déniait notamment toute possibilité de modifier la situation légale et réglementaire du fonctionnaire par voie d'accords particuliers.

Peut-on dire qu'avec notre décision un revirement de jurisprudence s'est produit sur ce point ? Nous ne le croyons pas. En effet, ce revirement nous paraîtrait beaucoup trop brusque pour être explicable. On com-

(16) Conseil d'Etat : 22 Janvier 1926 — Battesti.

(17) Conseil d'Etat : 7 Août 1909 — Winkel ;

Conseil d'Etat : 7 Août 1909 — Rosier ;

Conseil d'Etat : 6 Août 1910 — Almaric.

prendrait à la rigueur, que le Conseil d'Etat considère comme fonctionnaire une personne se trouvant dans une situation à moitié légale et réglementaire et à moitié conventionnelle. Mais ici l'investiture était uniquement conventionnelle. Le Contrat qui liait l'infirmière à l'administration de la Haute-Volta était rédigé et conclu exactement dans les formes d'un contrat de droit privé. Il était bien de ceux qu'un particulier pourrait passer. Et c'est justement cela, qui nous empêche de penser que le Conseil d'Etat ait pu attribuer la qualité de fonctionnaire à l'infirmière en question.

Mais alors, comment expliquer que le Conseil d'Etat ait décidé que cette dernière avait droit à la communication. Il nous paraît possible de le faire, en disant que le Conseil d'Etat, par un changement de jurisprudence beaucoup plus compréhensible que le précédent, a admis au bénéfice de l'article 65, non seulement les fonctionnaires, mais également les employés des administrations publiques, qui ne sont pas fonctionnaires. Et contre cette solution, aucune objection ne peut, nous semble-t-il, être tirée du texte même de la loi du 22 avril 1905. Bien au contraire. Car ce texte nous dit, qu'ont droit à la communication de leur dossier « tous les fonctionnaires civils et militaires » et « tous les employés de toutes administrations publiques ». Jusqu'à l'arrêt que nous commentons, le Conseil d'Etat décidait que ce dernier membre de phrase, ne faisait en somme qu'expliquer le début du texte et que le mot « employés » ne désignait personne d'autre que les fonctionnaires. Façon de voir bien critiquable. Car l'expression « tous les fonctionnaires civils et militaires » était suffisamment explicite pour qu'il ne soit pas nécessaire

de la compléter par cette autre beaucoup moins exacte (s'il devait s'agir uniquement des fonctionnaires) « tous les employés de toutes administrations ». Si, par conséquent, le législateur a employé cette dernière expression, c'est qu'il a eu l'intention d'accorder la garantie de la communication du dossier, non seulement aux fonctionnaires proprement dits, mais également à toutes les personnes qui travaillent à titre d' « employés », dans toutes les administrations publiques. Et nous pensons que c'est cette façon de voir que le Conseil d'Etat a consacrée.

CHAPITRE II

CONDITIONS D'APPLICATION DE L'ARTICLE 65

Nous avons l'intention d'étudier dans ce chapitre les différents cas dans lesquels l'application de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 pouvait paraître délicate, et où, effectivement, dans la pratique des difficultés se sont révélées.

Il est évidemment inutile de s'appesantir sur les termes employés par le texte précité pour déterminer les circonstances dans lesquelles la règle de la communication du dossier, trouve son application. Cette communication peut être exigée par les fonctionnaires « soit avant d'être l'objet d'une mesure disciplinaire ou d'un déplacement d'office, soit avant d'être retardés dans leur avancement à l'ancienneté ». Ce sont là, en effet, des prescriptions suffisamment claires et il semble sans intérêt de relever les arrêts où la solution ne faisait pas de doute et où le Conseil d'Etat s'est borné à constater que les conditions de l'article 65 n'étant pas réalisées, il n'y a pas lieu à communication. D'un bien plus grand intérêt sera l'étude des arrêts relevant des circonstances non prévues par le texte, puisque dans ce domaine, où les travaux préparatoires ne fournissent, pour ainsi dire, pas d'indications, le seul terrain solide, est la jurisprudence du Conseil d'Etat. Nous aurons, au surplus, l'occasion de voir quel est l'étendue du droit à la communication et dans quelles conditions elle doit être faite au fonctionnaire — puisqu'également sur ce point notre texte est muet.

Tout d'abord un certain nombre d'arrêts, décident, que la mise à la retraite d'office qui, en principe, ne constitue pas une mesure disciplinaire peut prendre ce caractère par suite de certaines circonstances particulières qui l'entourent et naturellement dans ce cas, la communication du dossier peut être exigée (1). Puisque certaines mesures administratives qui, normalement, ne sont pas des peines disciplinaires peuvent le devenir dans certains cas, on s'explique qu'un professeur ait pu demander au Conseil d'Etat de décider que les observations que le ministre de l'Instruction Publique avait chargé le recteur de lui adresser, avaient le caractère d'une peine disciplinaire et, par conséquent, donnaient lieu à l'application de l'article 65 (2). Il va sans dire, qu'il s'agit là d'une prétention manifestement exagérée et que la jurisprudence s'est refusée à admettre, confirmant d'ailleurs ainsi une décision précédente (3). Il est, en effet, impossible d'interdire aux supérieurs hiérarchiques d'exprimer à leurs subordonnés leur mécontentement sans recourir aux formes requises pour les peines disciplinaires. De même le supérieur hiérarchique, est libre de déplacer d'office, pour la bonne marche du service public tel ou tel fonctionnaire, et il a fallu que l'article 65, spécifiât expressément que, dans ce cas, la communication du dossier pouvait être exigée. Cependant, malgré un texte aussi impératif, on pensa dans certaines administrations, pendant les quelques années qui suivirent la promulgation du texte,

(1) Conseil d'Etat : 30 Janvier 1914 — Fumet ;
Conseil d'Etat : 12 Mars 1915 — Vandenberg.

(2) Conseil d'Etat : 3 Mai 1912 — Vayssière.

(3) Conseil d'Etat : 30 Mars 1906 — Chamaison.

que le terme « déplacement d'office », se rapportait à « mesure disciplinaire »; et, en conséquence, que l'intéressé ne pouvait demander à consulter son dossier que lorsque le déplacement d'office dont il était l'objet avait le caractère d'une mesure disciplinaire. C'est ce que soutenait le Ministre de la Guerre en 1907 lorsqu'il demandait au Conseil d'Etat de confirmer la décision par laquelle il avait refusé la communication de son dossier à un officier déplacé d'office. Mais le Conseil refusa de suivre le Ministre et décida que la communication du dossier était obligatoire, non seulement dans le cas où cette mesure avait le caractère d'une mesure disciplinaire, mais alors même qu'elle avait été motivée par l'intérêt du service (4).

A ce déplacement d'office qui, même lorsqu'il est fait dans l'intérêt du service, donne droit à la communication dossier, on peut assimiler la mesure par laquelle l'autorité compétente rapporte une nomination. Cela se comprend aisément. Le fonctionnaire se trouve régulièrement investi de ses fonctions par le fait de la publication au *Journal Officiel* de l'arrêté de nomination à un nouveau poste.

Si cette nomination est rapportée, le fonctionnaire, qui était titulaire du nouveau poste, redevient titulaire du poste qu'il occupait précédemment. Juridiquement il a été changé de poste. Nous nous trouvons en présence d'un déplacement d'office. La jurisprudence abonde pleinement en ce sens, puisqu'elle décide que le Ministre de l'Agriculture, en rapportant la nomination d'un garde domanial des Eaux et Forêts et en

(4) Conseil d'Etat : 22 Novembre 1907 — Rossi

maintenant ce garde à son ancien poste, prend une mesure qui a le caractère du déplacement d'office et que le nouvel arrêté qui n'a pas été précédé de l'accomplissement des formalités prévues par l'article 65, doit être annulé pour excès de pouvoirs (5). Dans le même sens il a été jugé qu'il y a lieu à communication de dossier, lorsque la nomination d'un percepteur a été rapportée par le fait de la nomination d'un autre fonctionnaire au même poste, après la publication au *Journal Officiel* de l'arrêté de nomination du premier titulaire (6).

Il convient de remarquer que, dans les deux affaires précédentes, le Conseil a rejeté une objection tirée de ce que le fonctionnaire en cause n'était pas encore, lors de la décision attaquée, installé dans le poste auquel il avait été nommé par l'arrêté ministériel rapporté. Cela ne fait aucune difficulté puisque pour être titulaire d'un poste, il n'est pas nécessaire, d'en avoir pris matériellement possession. Il faut et il suffit que l'arrêté de nomination ait paru au *Journal Officiel*.

De même, y a-t-il déplacement d'office dans le cas suivant : un instituteur a demandé à quitter une commune pour être nommé dans toute autre commune du département où sa femme serait elle-même envoyée comme institutrice. Or, il n'a pas été appelé à l'emploi qu'il avait en vue au moment où il a formulé sa demande de déplacement. Le Conseil d'Etat a décidé que cette circonstance, ne saurait suffire à donner à son déplacement le caractère d'une mesure prise d'office, et que, par suite, la communication préalable de son

(5) Conseil d'Etat : 7 Avril 1916 — Calas. —

(6) Conseil d'Etat : 6 Août 1912 — Defrance.

dossier à l'intéressé n'avait pas le caractère obligatoire (7).

Cette décision peut paraître assez surprenante. Car, évidemment, l'instituteur en question a sollicité son déplacement, il ne lui a pas été imposé, mais enfin s'il a demandé à être déplacé, c'était pour obtenir un certain poste, dans certaines conditions et on peut se demander si, sachant qu'il n'aurait pas satisfaction, il aurait fait sa demande. C'est cette dernière remarque qui, à notre sens, permet d'expliquer la décision du Conseil d'Etat. Ce dernier a, en effet, estimé que d'après les circonstances relevées dans l'affaire, la demande ne contenait pas comme condition essentielle l'indication d'un emploi déterminé et que, par conséquent, on pouvait considérer que le déplacement avait eu lieu sur la demande de l'intéressé. Mais inversement, il conviendrait de décider que le déplacement aurait bien le caractère d'un déplacement d'office, s'il n'était pas tenu compte des conditions auxquelles aurait été subordonnée formellement une demande de déplacement et si l'indication d'un emploi déterminé était la condition essentielle de cette demande.

Une question un peu plus délicate que les précédentes est celle qui se pose lorsqu'il s'agit d'un déplacement qui procure à l'intéressé un certain avancement, qui a pour effet de donner au fonctionnaire un poste supérieur à celui qu'il occupait. Il va sans dire, qu'il ne peut s'agir ici que d'un avancement insignifiant, que le nouveau poste ne pourra être que très légèrement supérieur à celui occupé précédemment, car dans le cas

(7) Conseil d'Etat : 22 Mai 1908 — Mayoux.

contraire le fonctionnaire ne se plaindrait certainement pas d'être nommé sans avoir eu communication de son dossier, à un poste supérieur et mieux rémunéré que le premier. Nous nous demandons donc si un avancement ne pourrait pas constituer dans certaines conditions un déplacement d'office. Et cela ne nous paraît pas niable. Car un poste a beau être au point de vue administratif supérieur à un autre, il n'en reste pas moins vrai qu'il peut priver son titulaire de certains avantages, en un mot il est possible que le fonctionnaire préfère rester où il est. Et dans ces circonstances, puisqu'une mesure comme celle que nous étudions peut avoir des inconvénients pour un fonctionnaire, que ce dernier peut avoir des raisons pour ne pas en être l'objet, nous ne voyons pas pourquoi la garantie de la communication du dossier ne lui serait pas accordée. C'est d'ailleurs en ce sens que s'est prononcé le Conseil d'Etat dans une affaire où, nous le verrons, il ne tranche pas explicitement la question, mais où la solution que nous préconisons résulte implicitement de la décision. Un avocat-général à la Cour d'appel de l'Indo-Chine, avait été nommé, sans l'avoir demandé, vice-président de ladite Cour et ainsi pourvu de fonctions d'un autre ordre que celles qu'il occupait. Cette mesure ayant été prise sans que l'intéressé ait eu communication de son dossier, il demandait au Conseil d'Etat de prononcer l'annulation du décret qui l'avait nommé, comme étant entaché d'excès de pouvoir. Le Ministre des Colonies avait fait remarquer que les fonctions de vice-président de la Cour d'Appel de l'Indo-Chine comportent le même traitement et la même parité d'office que celles d'avocat-général, et qu'elles donnent un rang de pré-

séance supérieur. Par conséquent, le requérant n'avait pas été l'objet d'un déplacement d'office, mais il avait bénéficié d'un avancement. Le Conseil d'Etat, malgré ces circonstances, a décidé que le requérant, ayant été appelé, sans l'avoir demandé, à des fonctions d'un autre ordre que celles qu'il occupait, l'article 65 lui était applicable (8).

Nous venons de passer en revue un certain nombre de cas où la communication du dossier était obligatoire. Mais est-elle toujours possible ? Il y a au moins une circonstance, qui semble bien devoir mettre obstacle à cette communication. C'est lorsqu'il n'y a pas de dossier. Car puisqu'il n'y a rien à communiquer, comment parler de communication ? Et cependant le Conseil d'Etat déclare que doit être annulé l'arrêté municipal qui révoque un professeur de gymnastique, sans que celui-ci ait reçu communication de son dossier, alors même que l'Administration affirme, qu'il n'existe pas de véritable dossier au nom du professeur (9). Cette décision peut paraître singulière. Mais à y bien réfléchir, on s'aperçoit que se prononcer en sens contraire, ç'eût été peut-être ouvrir la porte à l'abus qui eut consisté à refuser dans certains cas la communication prévue par l'article 65 en arguant de l'inexistence d'un dossier. Cette solution présente notamment un intérêt sérieux dans beaucoup d'administration municipales, où il n'existe pas de dossiers tenus régulièrement pour chaque employé ou agent. Cette circons-

(8) Conseil d'Etat : 2 Juin 1916 — Fays ;

Dans le même sens : C. d'E. : 27 Déc. 1907 — Gremillet.

(9) Conseil d'Etat : 22 Mai 1908 — Baudelot ;

Dans le même sens : C. d'E. : 16 Février 1912 — Lafond.

tance ne peut pas priver les intéressés de la garantie que l'article 65 a entendu leur conférer. L'administration, en ce cas, doit tout au moins leur communiquer les pièces sur le vu desquelles la mesure les concernant a été projetée.

Pour que la communication du dossier soit utile, pour que le fonctionnaire qui est sous le coup d'une mesure disciplinaire, puisse y puiser les éléments utiles à sa défense, il faut que le dossier lui soit communiqué suffisamment à temps pour lui permettre de le compulsier et de formuler ses observations. Mais quelle doit être la durée de ce délai. C'est évidemment là un cas d'espèce. Dans une décision qui consacrait d'une façon générale la nécessité d'un délai (10), le Conseil d'Etat estimait qu'un fonctionnaire, qui a reçu communication de son dossier dix jours avant la date de la notification de la décision prononçant son déplacement d'office, ne peut être considérée comme ayant été privé des garanties assurées aux fonctionnaires par l'article 65. On peut cependant avoir des doutes sur l'exactitude de cette solution. Si dix jours s'étaient écoulés entre la date de la communication du dossier et la date à laquelle a été prise la décision prononçant le déplacement d'office, ce délai eut été largement suffisant pour permettre à l'intéressé de parcourir son dossier et de présenter ses observations. Mais il y avait dix jours entre la communication et la notification de la décision. En réalité la décision ministérielle était postérieure de deux jours seulement à la communication du dossier, mais elle n'avait été notifiée que huit jours après avoir

(10) Conseil d'Etat : 26 Janvier 1912 — Lalanne.

été prise. C'est pourquoi on peut se demander, si les observations que l'intéressé avait pu présenter, étaient bien parvenues à l'administration centrale du ministère au moment où la décision avait été prise. Ce point a peut-être échappé aux rédacteurs de l'arrêt, mais en tous cas, la nécessité d'un délai suffisant pour présenter utilement des observations, n'est pas contestée.

Il se peut cependant que ce délai ne soit pas observé, il se peut également qu'une mesure disciplinaire n'ait pas été précédée de la communication de son dossier à l'intéressé. Dans ce cas cette communication peut-elle être exigée, même lorsque la sanction frappant le fonctionnaire a été prononcée ? L'article 65 dit qu'elle doit avoir lieu avant la mesure disciplinaire. Néanmoins, il faut reconnaître que la garantie instituée par cet article perdrait souvent toute efficacité si, par le fait même que la sanction est intervenue ce dernier cessait d'être applicable. Il arrive fréquemment qu'un fonctionnaire ou un agent à qui des reproches ont été adressés sait qu'une enquête est ouverte à son sujet, sans cependant qu'il soit avisé qu'il est menacé d'une mesure disciplinaire. Dans le cas où il n'a pas été prévenu (11) qu'une mesure de ce genre est à l'instruction, ce n'est qu'après que la mesure disciplinaire lui a été notifiée, qu'il connaît l'intérêt qu'il peut avoir à la communication de son dossier. S'il la réclame, il arrivera souvent que l'administration rouvrira l'instruc-

(11) Comme nous le verrons au chapitre suivant, lorsque le fonctionnaire a été prévenu qu'une sanction allait être prise à son égard, c'est à lui qu'il appartient de demander la communication de son dossier. Cette dernière n'a pas lieu d'office par l'administration.

tion de l'affaire en lui offrant la communication qu'il a demandée. Nous verrons d'ailleurs, par la suite qu'un fonctionnaire qui a été l'objet d'une mesure disciplinaire sans avoir été prévenu et sans avoir reçu communication de son dossier, peut demander au Conseil d'Etat l'annulation de la décision qui le frappe par le recours pour excès de pouvoir. Mais cette procédure, tout en étant peu coûteuse, est longue et elle ne mérite vraiment d'être entreprise par le fonctionnaire que lorsque ce dernier est certain que son dossier, sur le vu duquel a été prise la décision qui lui fait grief, contient des renseignements, dont il aurait pu démontrer l'inexactitude. Et dans le cas qui nous occupe, il ne pourra le savoir que si on lui communique son dossier après la mesure disciplinaire. Il a donc intérêt, même dans ce cas, à pouvoir demander la communication de son dossier. Telle est également la façon de voir du Conseil d'Etat qui déclare que lorsqu'un agent a été frappé d'une peine disciplinaire, sans avoir communication des pièces constituant son dossier, et qu'à la suite de la notification des mesures prises contre lui, il a réclamé la communication de ses notes, le ministre commet un excès de pouvoir en lui refusant cette communication (12).

S'il est important pour un fonctionnaire de savoir dans quels cas, il peut exiger que son dossier lui soit communiqué, il ne l'est pas moins de savoir quelles sont les pièces dont il peut demander la communication, bref de connaître l'étendue du droit que lui accorde la loi du 22 avril 1905. Celle-ci nous dit que le fonctionnaire a

(12) Conseil d'Etat : 5 Décembre 1908 — Serres ;
Dans le même sens : C. d'E. : 6 Juillet 1906 — Nicol,

droit à la communication de « toutes les notes, feuilles signalétiques et tous autres documents composant son dossier ». Mais s'agit-il du dossier complet du fonctionnaire ou simplement du dossier relatif aux faits qui peuvent donner lieu à une mesure disciplinaire. Il nous paraît évident, qu'étant donné les termes formels employés par l'article 65 et vu surtout les événements à la suite desquels il a été rédigé, que le fonctionnaire a droit à la communication du dossier dans son intégralité, et qu'aucune pièce ne doit lui être cachée. On comprend même difficilement, que l'on puisse être d'un avis opposé. Et cependant en 1910, devant le Conseil d'Etat le Ministre de la Guerre a soutenu que le but de l'article 65 était atteint et que le texte en était respecté, lorsque l'intéressé avait eu connaissance des pièces indiquant les motifs pour lesquels une mesure disciplinaire était prise contre lui, la non-communication des pièces étrangères à cette mesure ne pouvant lui faire grief. Le Conseil d'Etat, avec raison, a refusé d'admettre ce système (13). Car l'autorité compétente, pour prononcer une peine disciplinaire, ne se détermine pas exclusivement sur le fait donnant lieu à l'action disciplinaire. Elle recherche en outre, si, en raison de l'ensemble de ses services, l'intéressé doit être traité avec sévérité ou si, au contraire, il a droit à l'indulgence. Celui-ci a donc un intérêt certain à expliquer les notes défavorables que peut contenir son dossier, et à faire valoir les titres qu'il constate à la bienveillance de ses supérieurs. D'autre part, il est seul juge de l'intérêt que telle ou telle pièce, considérée par le Ministre comme sans importance, peut présenter pour lui, ou

(13) C. d'E. : 29 Juil. 1910 — Lieutenant-Colonel Jannet.

pour ses conseils; bien plus, en admettant, que ces pièces soient déjà connues de lui, il a le droit d'en prendre connaissance à nouveau au point de vue spécial de la défense qu'il prépare.

Même en admettant que l'autorité qui a pris la mesure n'ait pas compulsé le dossier et se soit déterminée uniquement d'après les derniers faits reprochés à l'intéressé, ce dernier est en droit d'exiger la communication de tout son dossier. En ce sens il a été jugé, que n'équivalait pas à la communication du dossier, la communication donnée à un préposé d'octroi du rapport du maire qui demandait sa révocation, alors même que cette pièce énonçait tous les faits reprochés au fonctionnaire et que la révocation n'avait été prononcée que d'après ce rapport (14).

Par conséquent, c'est le dossier complet qui doit être communiqué au fonctionnaire, qui se trouve sous le coup d'une mesure disciplinaire. Le Conseil d'Etat lui-même l'affirme. D'autres procédures qui comportent cependant des garanties sérieuses pour l'intéressé, ne peuvent pas remplacer la mesure prévue par l'article 65 de la loi du 22 avril 1905.

Ainsi dans le cas suivant: un officier a été l'objet d'une instruction en vue de sa mise en jugement. L'instruction s'est terminée, par une ordonnance de non-lieu. Cette ordonnance, ne faisait évidemment pas obstacle au droit du Président de la République, de placer cet officier en non activité par suspension d'emploi, à raison des faits mêmes sur lesquels avait porté l'instruction. Mais le Conseil d'Etat a jugé que, s'agissant

(14) Conseil d'Etat : 25 Février 1910 — Pomaret.

d'une mesure prise par le pouvoir disciplinaire et essentiellement distincte d'une décision émanant d'une juridiction répressive, la procédure judiciaire, primitivement engagée, ne peut suppléer aux formalités requises pour l'action disciplinaire, alors même qu'au cours de l'instruction judiciaire il avait été donné pleine connaissance à l'officier des faits à lui reprochés et qu'il avait pu s'expliquer sur eux (15). Cet arrêt, n'est pas le seul. Plusieurs fois, le Conseil d'Etat, s'est prononcé dans ce sens. Avec juste raison il a décidé que les procédures tant judiciaires qu'administratives (16) instituées par d'autres lois, ne pouvaient pas remplacer la formalité de l'article 65. Si nous insistons sur ce point, c'est pour mieux marquer l'étonnement que nous a causé une décision du Conseil d'Etat décidant que le requérant, ayant eu pleine connaissance au cours d'une information judiciaire, des faits relevés contre lui, et ayant été mis à même de produire ses moyens de défense, doit être réputé avoir eu communication de tous les éléments composant son dossier et qu'ainsi il a été satisfait aux prescriptions de l'article 65 (17). Cette décision est assez ancienne. Mais cependant, il ne semble pas que c'était là la première façon de voir du Conseil d'Etat qui, par la suite aurait été abandonnée. Nous croyons que dans l'espèce le Conseil a été déterminé par des raisons étrangères au droit. Il s'agissait d'un officier ministériel qui avait été mis en demeure de céder son office sous peine de destitution à raison des plaintes dont il avait été l'objet. C'était, en

(15) Conseil d'Etat : 20 Novembre 1911 — Elluin.

(16) Conseil d'Etat : 22 Février 1907 — Mamet.

(17) Conseil d'Etat : 27 Décembre 1907 — Parenteau.

somme, quelqu'un de peu recommandable. Et c'est vraisemblablement cette raison surtout morale, qui a décidé les juges à débouter purement et simplement le requérant. Quoiqu'il en soit, on peut affirmer que cette décision n'a pas fait jurisprudence.

Dans tous les cas, le dossier complet doit être communiqué. Il convient d'insister, sur cette idée que le dossier doit être complet. Car la communication du dossier n'offrirait à l'intéressé aucune garantie pour sa défense, si l'administration avait le droit d'en retirer les pièces qui ont motivé la mesure disciplinaire projetée et qui nécessairement doivent en faire partie. Pour cette raison, a été annulé un arrêté préfectoral relevant de ses fonctions un garde-champêtre, alors qu'un rapport du sous-préfet, demandant cette mesure, n'était pas au nombre des pièces communiquées au requérant (18). Pareillement, la mesure disciplinaire est entachée d'excès de pouvoir, si des pièces ont été ajoutées au dossier depuis la communication donnée à l'intéressé (19). Cependant, il faut pour qu'il y ait nullité, que les pièces ajoutées au dossier aient pu avoir une influence sur la décision prise par l'autorité compétente. C'est ainsi qu'il a été jugé qu'un fonctionnaire n'est pas fondé à ce prévaloir de ce que postérieurement à la réunion du conseil de discipline et pour des faits postérieurs à cette réunion, un rapport le concernant et dont il n'a pas eu connaissance a été adressé au préfet maritime, alors que ce rapport n'a pas été communiqué au Ministre de la Marine avant la décision prononçant son licenciement et qu'il n'a pas figuré au nombre des

(18) Conseil d'Etat : 28 Janvier 1910 — Delval.

(19) Conseil d'Etat : 11 Décembre 1908 — Duchêne.

pièces sur le vu desquelles a été prise cette décision (20). Il convient de remarquer que confirmant ce que nous disions précédemment, il résulte de la rédaction de l'arrêt que la décision aurait été annulée si elle avait été rendue sur le vu de pièces jointes au dossier après que l'intéressé en aurait eu communication.

Les décisions que nous venons de commenter, sont pleinement justifiées. Il n'en est pas de même du moins à notre avis, d'un certain nombre d'arrêts décidant que lorsqu'un rapport ne relève pas à la charge du fonctionnaire d'autres faits que ceux sur lesquels il a été mis en demeure de s'expliquer, il n'est pas obligatoirement communiqué à l'intéressé. Cela a été jugé, par exemple, pour un instituteur qui n'avait pas eu connaissance du rapport par lequel l'inspecteur d'académie avait formulé sa proposition de déplacement (21), pour un officier qui n'avait pas eu communication d'un rapport dressé par le directeur de la cavalerie (22). Dans ces différents cas et dans bien d'autres (23), le Conseil d'Etat note simplement que le requérant n'a pas intérêt à la communication du rapport puisque ce dernier ne mentionne pas d'autres faits que ceux déjà connus. Cette façon de voir n'est pas admissible. Très souvent ce rapport, tout en ne mettant pas à la charge de fonctionnaire, de nouveaux faits, est la pièce essentielle du dossier puisque c'est sur le vu de ce rapport que la mesure disciplinaire aura été prise. Par consé-

(20) Conseil d'Etat: 22 Déc. 1911 — Laplace d'Olonde.

(21) Conseil d'Etat : 8 Avril 1911 — Gremont.

(22) Conseil d'Etat : 12 Mai 1911 — Berthelin.

(23) Notamment C. d'E. : 26 Avril 1912 — Dussol.

quent, lorsqu'il n'est pas communiqué, l'acte prononçant une peine disciplinaire devrait être annulé.

Il n'appartient pas à l'administration à qui la communication d'un dossier est demandée d'apprécier quelles sont les pièces dont le fonctionnaire a intérêt à demander communication. Ce pouvoir d'appréciation ne peut lui être reconnu, sans porter atteinte aux garanties que l'article a entendu donner aux fonctionnaires. D'autant plus que, même en admettant que les faits relevés dans le rapport soient les mêmes que ceux sur lesquels le requérant a été en mesure de s'expliquer, la manière dont ces faits sont exposés et appréciés peut exercer une influence sur l'autorité chargée d'appliquer la peine disciplinaire. Le fonctionnaire a donc un intérêt évident à s'assurer que les énonciations du rapport sont exactes et impartiales.

Cette question de l'intérêt que peut présenter pour un fonctionnaire la communication de son dossier, doit nous retenir quelques instants. Il peut se présenter, en effet, des cas où la faute commise est tellement grave qu'il semble que la communication ne peut avoir aucune influence sur la décision à intervenir. C'est, par exemple, le cas de la grève du fonctionnaire. Dans un pareil cas, nous sommes en quelque sorte en présence d'un flagrant délit, puisqu'il s'agit d'un fait tellement notoire qu'il ne peut pas être contesté. Et alors, dans ce cas, pourquoi donner communication du dossier ? C'est la thèse que soutenait le gouvernement en 1909, lors d'une grève de fonctionnaires (24). Mais en regardant les choses d'un peu près, on s'aperçoit qu'il n'est

(24) Conseil d'Etat : 7 Août 1909 — Winkel.

pas possible d'admettre cette façon de raisonner. Le fonctionnaire a même dans ce cas, un intérêt certain à compulser son dossier. En effet, en 1909 par exemple, tous les grévistes n'ont pas été frappés. Le Gouvernement a fait un tri. Or, pour faire ce tri, il ne s'est pas basé uniquement sur le rôle des fonctionnaires pendant la grève. La preuve en est que certains agents qui sont restés en grève jusqu'à la fin n'ont pas été frappés, alors que d'autres, qui n'avaient fait grève que deux jours et avaient repris leur travail étaient parmi les révoqués. Or, pour faire cette discrimination, le gouvernement a consulté les dossiers et s'est basé sur les notes générales de ses agents. Dès lors, le gouvernement ayant consulté les dossiers, les requérants avaient intérêt à en demander la communication. Il est donc inexact de dire que c'est parce qu'elle était sans intérêt pour eux que la communication de leur dossier fut refusée aux fonctionnaires qui s'étaient mis en grève. Si elle leur fut refusée, ainsi que nous le verrons plus loin, ce fut pour des raisons complètement différentes. Mais, nous le répétons, à aucun moment l'administration ne peut s'ériger en juge de l'intérêt qu'une pièce peut présenter pour un fonctionnaire, menacé d'une peine disciplinaire, et jamais elle ne doit pour ce motif pouvoir en refuser la communication.

Maintenant que sont élucidées les questions de savoir dans quels cas, la communication peut être demandée, et quelles sont les pièces qui doivent en être l'objet, il nous reste à préciser quelques points d'application qui, au point de vue théorique, n'ont peut-être pas une très grande importance mais qui, en pratique, peuvent donner lieu à plus d'une difficulté.

Le droit de prendre communication de son dossier, comporte-t-il, pour un fonctionnaire menacé d'une peine disciplinaire ou d'un déplacement d'office, le droit d'en prendre copie ? Le texte de l'article 65 qui nous dit que cette communication doit être « personnelle et confidentielle » nous autorise à répondre que non. La volonté du législateur ne fait aucun doute. Il a voulu que le fonctionnaire soit mis en mesure de faire valoir, devant ses supérieurs hiérarchiques, les motifs qui peuvent démontrer que la mesure projetée contre lui n'est pas justifiée. Mais il n'a pas voulu que la communication qui lui a été donnée, put servir de base à des polémiques dans lesquelles les pièces du dossier seraient publiées et livrées à la discussion.

La jurisprudence, qui sanctionne cette façon de voir (25), n'autorise pas non plus les intéressés à demander au Conseil d'Etat, statuant au contentieux, de prescrire cette communication à l'occasion des recours dont il est saisi (26).

C'est de même, parce que la communication doit être « personnelle », qu'il a été décidé que le dossier ne doit pas être communiqué au défenseur choisi par le fonctionnaire (27). Bien entendu, le fonctionnaire, qui aura reçu communication de son dossier pourra, dans une but de légitime défense, faire part à son conseil du contenu des pièces qu'il aura consultées. Le caractère « personnel et confidentiel » ne peut évidemment pas aller, pour le fonctionnaire, jusqu'à l'empêcher d'en conférer avec son défenseur.

(25) Conseil d'Etat : 22 Mai 1908 — Caussé.

(26) Conseil d'Etat : 25 Juin 1909 — Dauteroche.

(27) Conseil d'Etat : 23 Octobre 1931 — Arceau.

Néanmoins, si ce n'est pas là un droit pour le fonctionnaire, l'autorisation de prendre copie ou de communiquer au défenseur, est une mesure parfaitement licite, et l'administration est absolument libre de l'accorder. Le Conseil d'Etat l'a reconnu lorsqu'il a dit que le droit du fonctionnaire à la communication de son dossier « ne comporte pas nécessairement celui de prendre copie des documents versés audit dossier » (28).

Une autre question d'application de l'article 65 se pose, lorsqu'il s'agit de savoir à quel endroit la communication du dossier doit être faite. Le fonctionnaire peut-il exiger que cette communication soit opérée au lieu de sa résidence, en se fondant sur ce que le droit des fonctionnaires à réclamer la communication est général et absolu et comporte, par conséquent, chaque fois que l'intéressé le juge utile, le déplacement du dossier dont il veut prendre connaissance ? Ou bien l'administration est-elle au contraire, fondée à soutenir que la communication doit être faite sans déplacement et au lieu où se trouvent les dossiers, c'est-à-dire dans les bureaux de l'administration centrale ? La question a été tranchée par le Conseil d'Etat dans les conditions suivantes : un fonctionnaire, résidant en province a été déféré à un conseil d'enquête devant se réunir à Paris. Il a été avisé qu'il pourrait prendre communication de son dossier au jour qui serait à sa convenance dans les bureaux du ministère auquel il est rattaché. L'intéressé estimant que son dossier devait lui être communiqué au lieu de sa résidence, a refusé de se déplacer. La mesure disciplinaire ayant été prise à son égard,

(28) Conseil d'Etat : 22 Mai 1908 — Causse.

il en a demandé l'annulation au Conseil d'Etat, par le motif qu'il ne lui aurait pas été donné communication de son dossier. Le Conseil a décidé que l'état de santé de ce fonctionnaire ne le mettant pas dans l'impossibilité de se rendre à Paris et que, d'autre part, en vertu d'un arrêté ministériel, les frais de voyage et de séjour des agents traduits devant le conseil de discipline étant à la charge de l'administration, la demande n'était pas fondée (29).

Il résulte de cet arrêt que, dans d'autres circonstances, le Conseil d'Etat aurait pu décider que ce n'était pas au fonctionnaire de se déplacer, mais que la communication devait lui être faite dans les bureaux de l'Administration les plus proches de son domicile. En effet, on ne saurait dire que l'administration soit en droit de refuser le déplacement du dossier dans tous les cas. Il n'existe, ni un droit absolu au déplacement en faveur du fonctionnaire, ni un droit absolu au non déplacement en faveur de l'Administration. Ici encore, il s'agit uniquement de savoir si cette dernière a agi, vis-à-vis du fonctionnaire, avec une loyauté, avec une sincérité complètes, si elle ne lui a rien dissimulé de la mesure qui pesait sur lui, si elle a fait tout ce qui dépendait d'elle pour que le fonctionnaire menacé put préparer sa défense en usant de l'intégralité des moyens que la loi mettait à sa disposition. Et l'on peut dire que, s'il était établi, par exemple, qu'un fonctionnaire malade ait été dans l'impossibilité de se rendre aux bureaux de l'Administration centrale, s'il était établi que le voyage à Paris se soit trouvé trop onéreux pour les

ressources dont il disposait ou ait comporté des dépenses disproportionnées avec le traitement dont il jouissait, il est vraisemblable que la mesure disciplinaire, intervenue dans de pareilles conditions, serait annulée. Car dans ces différentes circonstances, le refus de déplacement du dossier, aboutirait en fait à une limitation du droit de la défense. Mais lorsque la communication sur place est possible, il ne peut pas dépendre du caprice ou de la fantaisie du fonctionnaire, d'exiger un déplacement du dossier qui ne correspondrait à aucune nécessité constatée.

Toute la question est donc de savoir pour le Conseil d'Etat, si aucun élément de surprise ou de mauvaise volonté ne peut être reproché à l'Administration. Mais il estime que ce serait pousser trop loin l'interprétation du texte, que de mettre l'Administration à la merci de l'exigence injustifiée et de la mauvaise volonté du fonctionnaire.

Lorsque les prescriptions de la loi n'ont pas été respectées, lorsque la communication de son dossier a été refusée à un fonctionnaire, quelles en sont les conséquences ? Il n'y a ici aucune difficulté. Lorsqu'une mesure disciplinaire, a été prononcée sans que soit accomplie la formalité de l'article 65, cette mesure doit être annulée. La plupart des arrêts que nous avons cités dans ce chapitre appliquent cette idée. S'il n'est pas nécessaire d'insister sur ce point, il convient néanmoins de rechercher si ce vice résultant de la non-communication, qui entache de nullité la mesure disciplinaire, ne peut pas être couvert. Tout d'abord, il est certain, lorsque le Conseil d'Etat annule un arrêté pour vice de forme, que sa décision ne préjuge rien au fond

et par suite, ne fait pas obstacle à ce que le fonctionnaire soit soumis à de nouvelles poursuites disciplinaires à raison des mêmes faits. Par exemple, lorsque l'inobservation de l'article 65 a été le seul motif de l'annulation par le Conseil d'Etat d'une décision ayant prononcé une peine disciplinaire, les pièces antérieures à cette décision peuvent être versées au dossier au cours d'une nouvelle instruction disciplinaire ouverte contre le fonctionnaire (30). Et dans ces conditions, pourquoi ne serait-il pas possible, avant que l'annulation ne soit prononcée par le Conseil d'Etat, de refaire l'acte, cette fois précédé de la communication exigée par la loi. Il n'y a à cela aucune impossibilité théorique. Et d'un autre côté la jurisprudence ne s'y oppose pas. Elle décide, en effet, que lorsqu'un fonctionnaire demande au Conseil d'Etat l'annulation d'une décision par laquelle le ministre l'a déplacé d'office, en se fondant sur ce qu'elle a été prise sans qu'il lui ait été donné communication de son dossier, il doit néanmoins être débouté s'il résulte de l'instruction que sur la réclamation formulée par l'intéressé à la suite de cette décision, le Ministre a procédé à un nouvel examen de l'affaire qu'il lui a offert la communication de son dossier et qu'alors seulement il a déclaré maintenir sa décision (31).

Pour terminer ce chapitre sur les conditions d'application de l'article 65, donnons quelques précisions sur la réparation pécuniaire, à laquelle a droit le fonctionnaire lorsque la décision qui le révoque n'a pas été précédée de la communication de son dossier. Le Con-

(30) Conseil d'Etat : 8 Mars 1912 — Serres.

(31) Conseil d'Etat : 22 Mai 1908 — Guéry.

seil d'Etat décide, dans ce cas, que le fonctionnaire, dont la révocation a été annulée ne peut, sauf le cas où sa situation juridique est fixée par une disposition de loi ou de règlement émanant de l'autorité compétente, prétendre au paiement d'un traitement proprement dit, pour la période de temps où il n'a pas exercé ses fonctions, mais il a droit, en principe, à une indemnité destinée à le dédommager de la perte des avantages dont il se trouve privé par sa révocation irrégulière et ce, jusqu'au jour où sa situation est définitivement réglée par une décision légalement prise (32). Mais il ne peut pas prétendre à une indemnité, lorsqu'il a obtenu l'annulation d'une mesure disciplinaire qui ne le prive pas de son traitement (33).

(32) Conseil d'Etat : 16 Février 1917 — Rieu.

(33) Conseil d'Etat : 8 Juillet 1910 — Danger.

CHAPITRE III

RESTRICTIONS APPORTÉES PAR LE CONSEIL D'ETAT A L'APPLICATION DE L'ARTICLE 65

Nous avons dit à la fin de notre introduction, que si un texte improvisé comme l'est l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, était loin de produire dans la pratique les résultats déplorables que certains voulaient bien prédire lorsqu'il fut voté, c'était dû en grande partie à la façon dont la jurisprudence en a compris l'application.

Il appartenait en effet au Conseil d'Etat de circonscrire exactement la portée de ce texte et d'empêcher que la règle de la communication du dossier ne devint un ferment d'indiscipline et ne mit obstacle à la bonne marche des services publics.

Un premier pas dans cette voie fut fait lorsque le Conseil d'Etat décida que la communication du dossier, préalable à toute mesure disciplinaire, n'aurait pas lieu d'office. En effet, au lendemain du vote de la loi de 1905, on pouvait soutenir deux théories absolues et opposées. On pouvait prétendre que toujours et dans tous les cas, l'Administration devait prendre les devants et quelles que fussent les circonstances de l'affaire, qu'elle devait d'elle-même avant qu'intervint la mesure disciplinaire, offrir au fonctionnaire menacé la communication de son dossier. On pouvait soutenir au contraire qu'en aucun cas, l'administration n'avait à prendre cette initiative et que c'était toujours et dans toutes

les circonstances, au fonctionnaire qu'il appartenait de réclamer au Ministre la communication de son dossier. A notre sens la première solution eut été plus conforme à la volonté du législateur. Quoi qu'il en soit, elle n'a pas prévalu et le Conseil d'Etat a décidé que l'article 65 était respecté, lorsque l'autorité compétente avant de prendre la mesure disciplinaire, avertit l'agent et le met à même de demander la communication de son dossier. Ainsi il a été décidé qu'un employé de préfecture n'est pas fondé à demander l'annulation de l'arrêté préfectoral qui a prononcé sa révocation par le motif qu'il n'aurait pas eu communication préalable de son dossier, alors qu'avisé de la mesure disciplinaire qui allait être prise à son égard, il s'est borné à demander des explications écrites sans demander la communication de son dossier (1). Ce qui est, par conséquent nécessaire, c'est que le fonctionnaire soit averti qu'il est sous le coup d'une mesure disciplinaire. Il faut qu'il soit mis en demeure de demander l'application, à son profit, de l'article 65. Mais il faut que cette mise en demeure soit faite d'une façon non équivoque et que le fonctionnaire sache d'une façon certaine qu'il va être l'objet d'une sanction disciplinaire. Voici un certain nombre de circonstances où le Conseil d'Etat a décidé que le fonctionnaire avait été mis en demeure de prendre communication de son dossier : lorsqu'il a été donné lecture à un garde-champêtre du rapport du commissaire de police qui a motivé sa suspension par le maire et qui concluait à sa révocation (2) ; lorsque

- (1) Conseil d'Etat : 25 Juin 1909 — Janvion ;
Dans le même sens : C. d'E. : 7 Avril 1911 — Duminil.
(2) Conseil d'Etat : 30 Décembre 1910 — Lacaze.

l'inspecteur d'académie a avisé un instituteur-adjoint qu'en raison des incidents survenus entre lui et son directeur, il proposait de le déplacer quand il serait possible (3) ; lorsque sur l'ordre du Ministre de l'Intérieur, le Directeur de l'Assistance a procédé à une enquête sur un ensemble de faits reprochés à un médecin directeur d'une circonscription maritime, et qu'au cours de cette enquête, ce médecin a été interrogé sur les inculpations dirigées contre lui (4). Par contre, la jurisprudence estime qu'il n'a pas été satisfait aux prescriptions de l'article 65, lorsqu'un conservateur de cimetière a été averti qu'il s'exposait à une révocation s'il n'accomplissait pas mieux son service, mais qu'il n'a pas été informé qu'il se trouvait dès ce moment dans le cas d'être révoqué (5) ; lorsqu'un fonctionnaire déjà frappé de deux blâmes a été avisé que la mise en disponibilité suivrait la première plainte formulée contre lui par ces supérieurs (6). De même il ne suffirait point que les chefs hiérarchiques de l'intéressé, l'aient invité à fournir des explications. Dans ce cas, en effet, le fonctionnaire serait en droit de penser que les explications fournies par lui ont convaincu l'Administration et que, par suite, aucune mesure disciplinaire ne sera prise à son égard (7). Dans le même ordre d'idées, la jurisprudence a décidé que devait être rejeté le moyen tiré par le Ministre de l'Intérieur, du fait qu'un fonctionnaire, n'ayant pas signé la feuille de présence et

(3) Conseil d'Etat : 3 Février 1911 — Moriond.

(4) Conseil d'Etat : 25 Novembre 1910 — Dupuy.

(5) Conseil d'Etat : 30 Décembre 1910 — Rieu.

(6) Conseil d'Etat : 22 Juillet 1910 — Dussol.

(7) Conseil d'Etat : 29 Juillet 1910 — Jannet.

n'ayant pas donné d'explication sur les motifs de son absence, il ne pouvait ignorer qu'une mesure disciplinaire allait intervenir à son égard et qu'il lui appartenait de demander la communication de son dossier. En effet, il ne résultait pas nécessairement des circonstances relevées par le Ministre, qu'une action disciplinaire dût être exercée contre le fonctionnaire (8).

Ce qui est donc nécessaire pour qu'il y ait mise en demeure, c'est que l'intéressé n'ait aucun doute sur l'imminence de la mesure qui va être prise contre lui. Mais lorsque tel est le cas, est-il nécessaire que ce dernier ait été averti d'une façon spéciale et individuelle. En d'autres termes ne pourrait-on concevoir des situations où à l'avertissement individuel dont nous avons parlé jusqu'ici, pourrait se substituer un avertissement collectif ? Ne serait-ce pas le cas d'une faute collective. Car puisque pour une faute individuelle on exige un avertissement individuel, pourquoi, en cas de faute collective un avertissement collectif ne serait-il pas suffisant ?

Cette question a été soulevée devant le Conseil d'Etat par le Gouvernement lors de l'arrêt Winkel en 1909. Le Gouvernement exposait que la grève étant une faute collective, les grévistes devaient être réputés mis en demeure de demander la communication de leur dossier par un avertissement collectif. En la circonstance l'avertissement collectif était constitué premièrement par un décret du 18 mars 1909, qui donne au Ministre et au Sous-Secrétaire d'Etat, en cas de cessation concertée du service, le droit de prononcer directement

(8) Conseil d'Etat : 6 Août 1909 — Vilar ;

Dans le même sens : C. d'E. : 6 Août 1909 — D'Hugues.

certaines peines sans consulter le conseil de discipline et en second lieu par le discours prononcé le 11 mai de la même année par M. Barthou.

Il est évident que cette manière d'envisager la question était inadmissible. Tout d'abord, un décret antérieur à la faute commise ne peut pas être considéré comme une mise en demeure comparable, par exemple, à l'avis qui convoque le fonctionnaire devant un conseil de discipline. Car alors il faudrait dire que tous les actes qui prévoient et punissent des fautes individuelles ont également le caractère d'une mise en demeure, ce qui n'est pas, puisque dans ce cas le Conseil d'Etat décide que le fonctionnaire doit être avisé. En second lieu, encore moins que le décret précédent, le discours de M. Barthou pouvait être considéré comme une mise en demeure. Car premièrement les citoyens ne sont pas obligés de lire les débats parlementaires. Par ailleurs les termes employés par le Ministre étaient loin d'être suffisamment nets et précis pour pouvoir constituer une mise en demeure. Les voici : « Quant à nous, nous n'avons pas toléré ces paroles et ces agissements. Quelles que soient les conséquences, nos actes d'hier nous lient pour nos décisions de demain. Si nous sommes contraints à prendre d'autres mesures, nous les prendrons avec le sentiment d'avoir fait notre devoir ».

De semblables paroles sont beaucoup trop vagues pour qu'on puisse les considérer comme suffisantes pour remplacer une notification individuelle. Si l'on admet qu'un avertissement collectif doit suffire en cas de faute collective et, pour notre part nous l'admettons fort bien, il doit être assez précis et catégorique pour que les fonctionnaires visés n'aient aucun doute sur

la mesure qui va les frapper. Il faut, par exemple, un avertissement dans le genre de celui qui a été donné le 14 novembre 1905 par le Ministre de la Marine, lors d'une grève des arsenaux, au moyen d'une circulaire avertissant les ouvriers que « ceux qui n'auraient pas repris le travail à tel jour, seraient considérés comme ayant volontairement rompu leur contrat de travail avec l'Etat et, par conséquent, démissionnaires, rayés des contrôles et privés du droit d'être réadmis » (9).

Nous verrons par la suite qu'en cas de grève des fonctionnaires, la jurisprudence décide que la communication du dossier n'est pas obligatoire. Aussi, en recherchant si dans certaines conditions la mise en demeure de prendre communication pouvait avoir lieu par un avertissement collectif, nous avons conscience que cela ne pouvait avoir d'intérêt pratique que pour les fautes collectives autres que la grève, et si notre point de départ a été un arrêt rendu à la suite d'une grève de fonctionnaires, c'est simplement parce que la question n'a été discutée devant le Conseil d'Etat qu'au cours de cette affaire. Mais nous croyons que ce que nous avons dit reste vrai pour les autres fautes collectives que la pratique pourrait révéler et que dans ce cas un avertissement collectif constituerait la mise en demeure exigée par la jurisprudence.

La communication du dossier, nous l'avons vu, n'a pas lieu d'office. Le fonctionnaire doit la demander dès qu'il est averti de la sanction qui est sur le point d'être prise. La conséquence logique de ceci c'est que le fonctionnaire est parfaitement libre de renoncer à la com-

(9) Journal Officiel : 7 Novembre 1905, p. 3.335.

munication de son dossier. Et en effet d'après la jurisprudence, le fonctionnaire qui, mis en demeure, n'a pas réclamé son dossier, ne peut par la suite prétendre que la mesure disciplinaire a été prise en violation de l'article 65. Il a renoncé à la garantie que lui accordait ce texte.

Or, à cette renonciation à la communication de son dossier, la jurisprudence assimile le fait, pour un fonctionnaire de quitter volontairement son service. Même sans mise en demeure, la mesure disciplinaire peut être légalement prise. Par exemple, il a été jugé que s'il résulte de l'instruction, que l'intéressé a volontairement abandonné ses fonctions de secrétaire de mairie, il n'est pas fondé à soutenir qu'il aurait dû avant d'être remplacé dans ses fonctions, avoir par application de l'article 65, communication de son dossier (10). De même si malgré les ordres réitérés de rejoindre son poste qui lui ont été donnés par le Gouverneur Général à l'expiration de sa mise en disponibilité, le fonctionnaire a refusé de reprendre ses fonctions, c'est à juste raison que le Gouverneur l'a considéré comme démissionnaire sans lui avoir, au préalable, donné communication de son dossier (11).

A côté de cette première limitation à la portée de l'article 65, le Conseil d'Etat s'est attaché à en établir d'autres. Il a jugé que la règle de la communication du dossier ne trouvait pas son application lorsqu'il s'agissait soit d'actes administratifs constituant l'application de la loi, soit de mesures d'ordre intérieur, soit de décisions gouvernementales.

(10) Conseil d'Etat : 30 Juillet 1920 — Salva.

(11) Conseil d'Etat: 27 Janvier 1926 — Ajax-Saint-Clair.

Il semble logique que l'application pure et simple de la loi ou d'un règlement par l'administration, ne soit pas précédée de la communication du dossier. En effet cette dernière mesure a été instituée pour protéger le fonctionnaire contre l'arbitraire de ses supérieurs hiérarchiques. Or, dans l'application d'une disposition légale ou réglementaire, cet arbitraire n'est pas à craindre. Dans ce domaine on ne rencontre pas de pouvoir d'appréciation comme dans l'exercice du pouvoir disciplinaire. Par exemple, l'autorité administrative qui prononce une privation de traitement à l'égard d'un fonctionnaire qui ne s'est pas effectivement acquitté de son emploi, ne jouit d'aucun pouvoir d'appréciation, puisqu'elle ne fait qu'appliquer une règle de législation financière. C'est pour cette raison que le Conseil d'Etat juge qu'en privant un fonctionnaire de son traitement pour la période pendant laquelle il s'était absenté de son poste à la suite du refus régulièrement opposé par l'Administration à sa demande de congé, le Ministre s'est borné à assurer l'application des dispositions législatives et réglementaires, subordonnant le droit au traitement à l'accomplissement effectif du service et que dans ces conditions l'article 65 n'est pas applicable (12).

Si, par contre, la privation de traitement avait été prononcée à titre de mesure disciplinaire, nous ne serions plus en face de l'application pure et simple de la loi. Le pouvoir d'appréciation des supérieurs hiérarchiques réapparaîtrait et, en même temps que lui, la garantie de l'article 65 qui serait alors applicable.

(12) Conseil d'Etat: 6 Août 1925 — Kervégand.

A l'acte administratif constituant l'application d'un texte légal ou réglementaire, il faut assimiler la mesure prise par l'Administration en exécution d'un arrêt de justice. Ici également, il n'y a pas de pouvoir d'appréciation et, en conséquence, la communication préalable du dossier n'est pas nécessaire. Par exemple, lorsque le Conseil d'Etat a annulé pour excès de pouvoir un arrêté préfectoral, en tant que ledit arrêté avait fait rétroagir à une époque antérieure à sa date la nomination d'un fonctionnaire, il incombe au préfet de déduire toutes les conséquences nécessaires de la décision susvisée du Conseil et de faire partir l'ancienneté du fonctionnaire en question, de la date de sa nomination. Cette mesure n'étant que l'exécution d'une décision judiciaire et ne comportant aucun pouvoir d'appréciation ne tombe pas sous le coup de l'article 65 (13).

Le Conseil d'Etat a limité davantage encore l'application de l'article 65 en décidant qu'il ne s'appliquait pas aux mesures d'ordre intérieur sauf, naturellement, au déplacement d'office.

Il convient de définir ce que l'on entend par mesures d'ordre intérieur. Ce sont des décisions relatives au service public qui ne sont susceptibles de porter aucune atteinte à la situation de l'agent chargé d'en assurer le fonctionnement. En effet les autorités civiles et militaires peuvent prendre à l'intérieur des corps et services, certaines mesures qui ne relèvent que de la discipline. Ces actes ne sont accomplis, ni en vertu des pouvoirs généraux de l'administration, ni en exécution des lois et règlements qui régissent les rapports des ci-

toyens avec l'autorité publique et sont obligatoires pour les administrés. Ce sont de simples mesures individuelles et occasionnelles prises dans la marche quotidienne des services. Elles dépendent de l'initiative des agents préposés à la direction et à l'exécution de ces services : elles sont la conséquence normale et de pur fait des rapports nécessaires de supérieurs à inférieurs.

Ces mesures prises en vertu de leur pouvoir hiérarchique par les chefs de services, peuvent naturellement porter atteinte à certains intérêts et gêner plus ou moins dans leurs habitudes les intéressés.

Cependant aux termes d'une jurisprudence constante le recours pour excès de pouvoir, n'est pas recevable contre de telles mesures. Il existe donc encore de nos jours, à côté des actes de gouvernement et malgré la disparition des actes discrétionnaires, une catégorie d'actes qui, par leur nature propre, échappent à l'examen contentieux du Conseil d'Etat. Ces mesures dites d'ordre intérieur abondent dans la pratique. Elles sont cependant plus rares dans les administrations civiles que dans les services militaires. En effet, en matière civile, beaucoup de décisions sont prises en application du statut des agents et n'ont plus alors le caractère de mesures intérieures. Parmi les autres qui ont ce caractère, on peut citer le passage d'un service dans un autre (14), les modifications à l'horaire d'un service (15). En matière militaire où elles sont beaucoup plus nombreuses, on peut citer : l'affectation à un régiment (16) ; le refus de permission (17) ; l'ordre d'en-

(14) Conseil d'Etat : 6 Juillet 1917 — Druhot.

(15) Conseil d'Etat : 8 Juillet 1921 — Lacroix.

(16) Conseil d'Etat : 26 Février 1897 — Ferret.

(17) Conseil d'Etat : 18 Avril 1918 — Voltine.

trée à l'hôpital (18). Sans doute les militaires de tous grades peuvent toujours demander l'annulation des actes qui seraient accomplis, soit en violation de leur statut, soit en violation des lois sur le recrutement. Mais, les mesures d'ordre intérieur comme celles que nous venons de citer, n'étant que l'expression de la hiérarchie et de la discipline strictement militaires, aucun recours juridictionnel n'est, en principe, ouvert contre elles.

Le déplacement d'office des fonctionnaires est sans aucun doute une mesure d'ordre intérieur (19) et il a fallu une disposition expresse de l'article 65 pour leur donner, dans ce cas, les garanties dont ils bénéficient en matière disciplinaire proprement dite. Mais pour les autres mesures d'ordre intérieur, ce que nous avons dit reste vrai : elles ne peuvent pas être attaquées devant le Conseil d'Etat.

A côté de cette catégorie des mesures intérieures, il faut placer celle des décisions gouvernementales. Ces dernières ne doivent pas être confondues avec les actes de gouvernement. En effet ceux-ci excluent, par leur nature même, la possibilité de tout examen contentieux. Au contraire on entend par décisions gouvernementales, des décisions auxquelles ne s'applique pas la règle de la communication du dossier mais qui, néanmoins, peuvent faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat. Celui-ci examinera l'affaire au fond et ne décidera pas comme pour les actes de Gouvernement, que la demande n'est pas recevable.

(18) Conseil d'Etat : 3 Avril 1914 — Digard.

(19) Conseil d'Etat : 28 Janvier 1913 — Simon.

L'existence de cette catégorie des décisions gouvernementales est attestée en notre matière, par un arrêt particulièrement important, l'arrêt Gros (20) qui a d'ailleurs un précédent remarquable dans l'arrêt Le Roy d'Etiolles (21). Il convient de retracer brièvement les circonstances dans lesquelles furent rendus ces arrêts afin de montrer quelles furent les raisons qui poussèrent le Conseil d'Etat à décider que dans certains cas, des fonctionnaires ayant été l'objet d'un déplacement sans l'avoir demandé, n'avaient néanmoins pas droit à la communication de leur dossier.

Dans l'arrêt Gros, le Conseil d'Etat a jugé que la décision par laquelle le Gouverneur Général de l'Algérie remet un agent du service des Postes et des Télégraphes du cadre métropolitain à la disposition du Ministre, motif pris des dangers que faisait courir à la sécurité générale la propagande de caractère antifrçais, à laquelle se livrait cet agent, n'a le caractère ni d'une mesure disciplinaire, ni même du déplacement d'office qu'a entendu viser l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, le Gouverneur Général en prenant cette décision ayant agi dans la limite de ses attributions en vue de l'intérêt général de la sécurité en Algérie. Dès lors, d'après le Conseil d'Etat, le fonctionnaire objet de cette décision, n'est pas fondé à se plaindre qu'elle n'ait pas été précédée de l'avis d'un conseil de discipline ni de la communication intégrale de son dossier personnel. De même cet agent se trouvant sans emploi par suite de sa remise à la disposition du Ministre, sa nomination à un poste métropolitain prononcée par le Secrétaire Général des

(20) Conseil d'Etat : 22 Mars 1929 — Gros.

(21) Conseil d'Etat : 20 Mai 1927 — Le Roy d'Etiolles.

Postes et Télégraphes dans la limite de ses attributions, ne constitue pas un déplacement d'office. En conséquence cet agent nommé à un emploi de son grade et de sa classe, n'est pas fondé à prétendre qu'il a été, du fait de cette nomination, l'objet d'une mesure disciplinaire.

Cet arrêt peut paraître étonnant à première vue. Voici un fonctionnaire qui a été déplacé d'Alger à Clermont sans avoir sollicité ce déplacement et le Conseil d'Etat vient décider qu'il n'y a pas là de déplacement d'office et, qu'en conséquence, la communication du dossier est pas nécessaire. Pour justifier sa décision, il se borne à dire que « le Gouverneur Général a agi dans la limite de ses attributions en vue de l'intérêt général de la sécurité en Algérie ». Justification bien maigre pour un arrêt qui semble mettre purement et simplement de côté un texte de loi.

Cependant, si l'on va au fond des choses, on s'aperçoit que cette décision est moins extraordinaire qu'elle ne le paraît au premier abord et qu'en somme, elle témoigne d'un louable effort fait par le Conseil d'Etat pour préserver l'unité nationale des entreprises de ceux qui voudraient y porter atteinte.

Mais au point de vue juridique peut-elle être justifiée ? Il nous paraît bien que oui. Il faut pour cela bien comprendre quelle est la mission du pouvoir exécutif. Cette mission revêt deux aspects différents.

Tout d'abord, le pouvoir exécutif assure le fonctionnement normal et continu de tous les services publics. C'est le côté administratif de sa mission. Mais, en outre, il doit veiller au salut de l'unité nationale. C'est sa fonction gouvernementale. Cette fonction gouverne-

mentale, il ne l'exerce pas en vertu d'une disposition expresse de la constitution mais bien plutôt comme nous le verrons par la suite, parce que c'est là une condition nécessaire de l'existence d'un Etat.

Ceci étant admis, on peut dire que dans notre arrêt, le Conseil d'Etat a décidé implicitement que l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 ne s'appliquait que lorsqu'il s'agissait de la fonction purement administrative, mais qu'au contraire il n'avait pas été fait pour venir entraver la fonction gouvernementale et, qu'en conséquence, tous les actes accomplis à l'égard des fonctionnaires par l'autorité publique dans l'exercice de son pouvoir politique, échappaient à la règle établie par cette disposition et ne comportaient pas la communication du dossier.

En effet, il ne s'agissait ici aucunement de la fonction administrative du Gouvernement, puisque le bon fonctionnement d'un service public n'était pas en jeu. On ne reprochait pas au fonctionnaire de mal faire son service, mais de s'être consacré à une propagande anti-française susceptible de compromettre la sécurité de l'Algérie et la solidité des biens qui la rattachent à la métropole. Il s'agissait donc d'une mesure gouvernementale.

Mais cette mesure gouvernementale ne constitue pas un acte de gouvernement : ces derniers, ainsi que nous l'avons dit plus haut, excluent même la possibilité de tout examen contentieux. Au contraire dans notre cas, le recours contre la décision du Gouverneur général de l'Algérie a été examiné au fond et ce n'est qu'après cet examen, que le Conseil d'Etat a jugé que ladite décision étant de nature gouvernementale, la règle de la

communication du dossier ne lui était pas applicable.

On peut donc dire qu'aux actes de gouvernement, soustraits à tout examen contentieux, se juxtaposent des décisions que l'on peut qualifier de mesures de sécurité nationale et qui sont soumises à l'examen contentieux du Conseil d'Etat.

Dans l'arrêt *Le Roy d'Etiolles* il s'agissait également d'une mesure de sécurité nationale, quoique les circonstances fussent légèrement différentes des précédentes. Il s'agissait d'un officier d'artillerie coloniale qui avait entretenu au Tonkin des relations avec les réformistes chinois. Sur la demande du Gouverneur général de l'Indo-Chine, le Ministre des Colonies ordonna le rapatriement immédiat de cet Officier. Ce dernier soutenait qu'à cause de cette décision, intervenue à la suite de rapports calomnieux concernant ses relations avec les réformistes chinois, il avait été obligé de donner sa démission que, par ailleurs la mesure le visant était fautive comme ayant été prise sans communication préalable du dossier et, en conséquence, il réclamait une indemnité.

Le Conseil d'Etat a rejeté cette demande en se bornant à constater que le Ministre avait agi « dans l'exercice de ses attributions, en vue de l'intérêt général de la sécurité de la colonie et de ses rapports avec un gouvernement étranger ». Qu'en conséquence l'ordre de rapatriement n'avait pas le caractère d'une mesure disciplinaire ou d'un déplacement d'office devant être précédé de la communication du dossier et que, dans ces conditions, la démission donnée n'avait pas été la conséquence des fautes de l'Administration.

Ce qui distingue cet arrêt de celui que nous avons cité

précédemment, c'est qu'il s'agit ici d'une décision intéressant les rapports d'une colonie française avec un Etat Etranger, alors que dans l'arrêt Gros, il s'agissait de la sécurité de l'Algérie susceptible d'être compromise par la propagande antifranaçaise d'un fonctionnaire. Mais dans les deux cas nous nous trouvons en présence de l'autorité gouvernementale qui intervient pour maintenir l'unité et la sécurité de l'Etat, autorité qui, devant s'exercer avec une liberté pleine et entière, ne peut pas être entravée par les dispositions de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905.

Il nous reste encore à voir deux restrictions très importantes, mises par le Conseil d'Etat à l'application de la règle de la communication du dossier. C'est tout d'abord le cas de grève des fonctionnaires publics. Le Conseil juge dans ce cas, lorsqu'un fonctionnaire est révoqué, que la communication du dossier n'est pas obligatoire.

De même, interprétant la constitution, il admet qu'en temps de guerre, le pouvoir exécutif peut suspendre, par décret, un texte de loi tel que l'article 65.

Ces questions étant particulièrement importantes, nous leur réservons les deux chapitres suivants. Nous aurons d'ailleurs l'occasion de rappeler l'arrêt Gros, lorsque nous nous demanderons comment il est possible de justifier juridiquement la fonction gouvernementale de pouvoir exécutif, en vertu de laquelle il incombe à ce dernier de veiller au salut public et de maintenir l'unité nationale.

CHAPITRE IV

L'ARTICLE 65 ET LA GRÈVE DES FONCTIONNAIRES

Dans un arrêt, d'une importance considérable, le Conseil d'Etat décide que le fonctionnaire qui a fait grève peut être révoqué sans avoir été mis à même de prendre communication de son dossier (1).

Avant de discuter cette décision il convient de voir en quels termes le Conseil d'Etat s'est efforcé de la justifier. « Considérant, dit-il, que la grève, si elle est un fait pouvant se produire légalement au cours de l'exécution d'un contrat de travail réglé par les dispositions du droit privé est, au contraire, lorsqu'elle résulte d'un refus de service concerté entre des fonctionnaires, un acte illicite, alors même qu'il ne pourrait être réprimé par l'application de la loi pénale; que par son acceptation de l'emploi qui lui a été conféré, le fonctionnaire s'est soumis à toutes les obligations dérivant des nécessités mêmes du service public et a renoncé à toutes facultés incompatibles avec une continuité essentielle à la vie nationale; qu'en se mettant en grève les agents préposés au service public, sous quelque dénomination que ce soit ne commettent pas seulement une faute individuelle, mais qu'ils se placent eux-mêmes par un acte collectif en dehors de l'application des lois et règlements édictés dans le but de garantir l'exercice des droits résultant pour chacun d'eux du contrat de droit public qui les lie à l'Administration; que dans le cas d'aban-

(1) Conseil d'Etat ; 7 Août 1909 — Winkel.

don collectif ou concerté du service public, l'Administration est tenue de prendre des mesures d'urgence et de procéder à des remplacements immédiats ;

Considérant que le sieur Winkel ne conteste pas qu'il était au nombre des ouvriers du service des Postes qui étaient en grève et que, pour demander l'annulation de l'arrêté par lequel le Sous-Secrétaire d'Etat a prononcé sa révocation, il se borne à alléguer que cette mesure a été prise sans qu'il ait reçu préalablement la communication de son dossier en conformité de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 ;

Mais considérant qu'il résulte de ce qui précède, que quelle que soit la généralité des termes de cet article, le législateur n'a pu comprendre la grève dans un service public au nombre des cas en vue desquels il a formulé cette prescription, etc... ».

Nous le voyons, le Conseil d'Etat raisonne en somme de la façon suivante : les fonctionnaires par l'acceptation de leur emploi, renoncent au droit de se mettre en grève ; si, néanmoins, ils se mettent en grève, cet acte a pour effet de les placer en dehors de l'application des lois et règlements.

Mais ce raisonnement se trouve-t-il justifié par les termes mêmes de l'arrêt ? Il convient, pour nous en rendre compte, de reprendre les arguments résumés dans l'arrêt et de leur donner l'importance qu'ils méritent.

Le Conseil d'Etat fait tout d'abord appel à la notion de contrat de travail réglé par les dispositions du droit privé pour constater que la grève peut s'y produire légalement. Mais cette simple constatation paraît avancer bien peu la solution de la question. Elle peut cependant être prise comme point de départ d'un raison-

nement qui consistera à montrer que la grève tout en étant licite en droit privé, y produit un certain nombre de conséquences dans les rapports entre patron et ouvriers et que, par conséquent, lorsqu'il s'agit d'une grève dans un service public, cette dernière doit avoir au moins les mêmes conséquences dans les rapports qui existent entre l'Administration et les fonctionnaires.

Quelles sont les conséquences de la grève en droit privé, quels sont ses effets juridiques sur le contrat de travail ? La jurisprudence de la Cour de Cassation, sur ce point, peut se résumer ainsi :

a) l'ouvrier qui se met en grève, quels que soient les motifs auxquels il a obéi, rompt volontairement le contrat qui le liait à son patron,

b) si ce contrat comportait un délai de prévenance, l'ouvrier qui déclare brusquement la grève peut être exposé à payer des dommages-intérêts à son patron,

c) celui-ci, par le fait de l'ouvrier, se trouve dégagé de toutes les obligations que lui imposait le contrat,

d) il peut séance tenante remplacer ses ouvriers défaillants s'il en trouve d'autres disposés à se laisser engager,

e) lorsque la grève est finie, il est libre de ne pas reprendre certains des ouvriers grévistes, sans que ceux-ci puissent considérer ce refus de les reprendre, comme un congédiement sans préavis et sans pouvoir par conséquent lui réclamer une indemnité,

f) enfin, quand le patron reprend ses ouvriers, alors même que rien ne serait changé aux conditions ancien-

nes, c'est un nouveau contrat qui se forme entre l'ouvrier et le patron (2).

Il faut dire que cette doctrine de la Cour de Cassation a été attaquée par presque tous les juristes qui s'occupent des questions ouvrières. Ces derniers prétendent que la grève n'est pas la résiliation du contrat de travail prévue par l'article 1780 du Code civil, parce que, en se mettant en grève, les ouvriers n'ont pas en général l'intention de rompre ce contrat, mais seulement de le faire modifier à leur profit ou parfois d'obtenir de leur patron ou des autres patrons quelques concessions utiles à la classe ouvrière en général. Cette théorie, d'après laquelle la grève ne fait que suspendre momentanément l'exécution du contrat de travail aboutit aux conséquences suivantes : l'ouvrier peut toujours déclarer brusquement la grève, sans préavis et sans avoir à payer de ce chef une indemnité de rupture. Par suite le contrat n'étant pas rompu si le patron remplace ses ouvriers ou refuse de les reprendre, c'est lui qui prend l'initiative de la rupture et qui est obligé, sous peine de dommages-intérêts, de respecter les délais d'usage.

La principale objection à ce système, réside dans ce

(2) Cette jurisprudence résulte principalement des arrêts suivants :

Req. 18 Mars 1902, D. 1902-1-323, S. 1903-1-465.

Civ. Cass. 4 Mai 1904, D. 1904-1-289, S. 1906-1-497 ;

13 Novembre 1906, D. 1907-1-372, S. 1906-1-500 ;

15 Mai 1907, D. 1907-1-369.

Crim. 9 Juillet 1921, D. 22-1-217, S. 22-1-137 ;

Civ. 15 Mai 1922, S. 22-1-207 ;

1^{er} Mai 1923, D. 23-2-66 ;

29 Décembre 1925, D. 27-1-86 ;

24 Janvier 1927, S. 27-1-107.

fait que, pratiquement, il n'offre aucune garantie au patron. En effet, celui-ci ne peut contraindre ses ouvriers à exécuter le travail promis, puisque tout homme libre a le droit de refuser son travail et d'un autre côté le patron ne peut pas se faire indemniser du préjudice subi, puisque les ouvriers, en général, ne possèdent rien ou peu de chose. Il est donc juste de décider, comme le fait la Cour de Cassation, que le seul dédommagement effectif c'est d'être dégagé complètement de toutes les obligations du contrat qu'il avait passé avec ses ouvriers et que ceux-ci ont rompu.

S'il en est ainsi en droit privé où cependant la grève est un fait licite, pourquoi les mêmes conséquences ne se produiraient-elle pas en droit public, dans les rapports qui existent entre l'Etat et les fonctionnaires. Il y a pour l'admettre d'excellentes raisons.

En effet lors de l'entrée au service public, le fonctionnaire et l'Administration ne traitent pas sur un pied d'égalité, comme c'est le cas en droit privé. Bien au contraire, en acceptant un emploi dans l'Administration le fonctionnaire se soumet à toutes les obligations dérivant des nécessités du service. Et parmi ces obligations il en est une qui domine toutes les autres, c'est celle en vertu de laquelle les services publics doivent être assurés sans interruption. On peut dire qu'il est de l'essence même du service public d'être assuré d'une façon absolument continue.

Cela se comprend aisément. Si l'Etat, les départements et les communes se substituent à l'initiative privée dans un certain nombre de cas, c'est pour procurer au public la satisfaction de besoins que l'initiative privée serait incapable d'assurer aussi complètement,

C'est précisément pour que ces besoins soient satisfaits d'une manière continue, que l'Etat intervient et c'est de cette idée qu'il faut partir, pour affirmer l'impossibilité pour le fonctionnaire, de se mettre en grève. M. Colson dit notamment dans son traité d'Economie Politique: « On ne saurait admettre que le maintien de l'ordre et de la sécurité publique soit suspendu par une grève du personnel de la police, ni que des services comme la poste, les transports par chemins de fer, l'éclairage ou l'alimentation en eau des villes soient désorganisés par l'interruption du travail de certains agents. C'est uniquement, parce que ces services ne peuvent être assurés par l'initiative privée, parce qu'ils font nécessairement l'objet d'une organisation d'ensemble qu'un désordre local sérieux trouble toute entière, que l'Etat ou les communes s'en réservent le monopole ».

De cette notion de continuité du service public, découle également la distinction que l'on doit faire entre les actes individuels et les actes collectifs. — En effet, si l'on doit considérer que la grève rompt tout lien entre l'Administration et le fonctionnaire, il n'en est pas de même de l'acte individuel. Dans le dernier cas, l'abandon du service est prévu et puni par les règlements civils ou militaires. Ainsi par exemple l'officier qui abandonne son poste, encourt des peines plus ou moins graves suivant la durée de son absence illégale. Pour d'autres catégories de fonctionnaires, l'abandon illégal entraîne des peines disciplinaires qui vont de la retenue de traitement à la révocation, mais qui doivent toujours être prononcées suivant les formes légales.

Evidemment la faute du fonctionnaire qui abandonne son poste d'une façon irrégulière est grave, mais enfin,

elle ne désorganise pas le service public, elle n'en compromet pas le fonctionnement. Bien au contraire la grève de plusieurs centaines, de plusieurs milliers de fonctionnaires désertant simultanément le service, jette un trouble profond dans son fonctionnement et pourrait dans certaines circonstances compromettre même la sécurité de l'Etat.

On comprend donc aisément que le Conseil d'Etat décide que la grève rompt tout lien entre l'Administration et les fonctionnaires, et que par ce fait, ces derniers se placent eux-mêmes en dehors de l'application des lois et règlements. Cela revient à dire que la grève des fonctionnaires suspend en ce qui les concerne, les garanties légales de leur statut, les met hors du droit, leur fait perdre en somme, leur qualité de fonctionnaires au regard de l'Administration.

On peut d'ailleurs en faveur de cette solution, faire valoir un autre argument. On peut établir un certain parallélisme entre la suspension des garanties légales des fonctionnaires par le fait de la grève et la suspension de la garantie administrative vis à vis des particuliers, à la suite de leurs fautes personnelles. En effet, la jurisprudence du Tribunal des Conflits admet que le fait personnel du fonctionnaire, c'est-à-dire la faute lourde commise à l'occasion de l'exercice des fonctions, la circonstance détachable de l'acte administratif, qui révèle l'homme avec ses passions, fait perdre au fonctionnaire la garantie administrative. L'Administration ne le couvre plus. Elle le laisse au contraire en butte aux poursuites civiles ou correctionnelles parce qu'elle estime qu'étant sorti de sa qualité de fonctionnaire, il ne mérite plus de bénéficier de la garantie du fonctionnaire.

On pourrait dire par analogie, que le fait pour un fonctionnaire de se mettre en grève constitue une faute lourde qui lui fait perdre l'ensemble des garanties qu'il possédait vis à vis de l'Administration, justement parce que par ce fait personnel, il a commencé par détruire lui-même sa qualité de fonctionnaire.

Cependant peut-on dire que cet argument, ainsi d'ailleurs que ceux qui ont été exposés précédemment sont suffisants pour justifier pleinement la décision du Conseil d'Etat. Tout bien pesé, il nous semble que non. Nous nous trouvons en effet en présence d'un texte formel et pour en écarter l'application nous pensons qu'il est insuffisant de se borner à faire appel à des considérations d'ordre pratique, ou à un raisonnement d'analogie.

Nous croyons que la seule justification qui juridiquement soit correcte, doit être tirée de la notion d'inconstitutionnalité des lois. Nous pensons qu'il faut dire, que l'article 65 de la loi du 22 Avril 1905 a été frappé d'inefficacité par le Conseil d'Etat, dans le cas spécial des révocations de fonctionnaires pour faits de grève, parce que son application à ce cas eut été inconstitutionnelle. Evidemment, il ne s'agit pas ici d'une contradiction qui existerait entre la loi et les règles positives de la constitution écrite, mais bien plutôt d'une contradiction entre la loi et les conditions nécessaires d'existence de l'Etat, qui sont aussi fondamentales que les règles constitutionnelles écrites et qui exigent que les services publics indispensables à la vie nationale ne soient pas interrompus.

Nous réservons la discussion de cette question pour le chapitre suivant, mais auparavant nous tenons à indi-

quer que le Conseil d'Etat, qui dans l'arrêt Winkel a laissé complètement de côté cet argument d'ordre constitutionnel, nous semble avoir changé d'avis par la suite. En effet, abandonnant son argumentation qui portait sur la situation des fonctionnaires et sur l'incompatibilité qu'il y a entre les prérogatives que leur donne cette situation et le droit de grève, dans l'arrêt Tichit, il fait porter son argumentation uniquement sur l'interprétation de l'article 65, c'est-à-dire sur une question d'interprétation et de violation de la loi. Voici ce arrêt remarquablement bref : « Considérant qu'il résulte des rapports du chef du poste central téléphonique et de l'ingénieur en chef que le sieur Tichit a donné publiquement son adhésion à la grève, et qu'il a cherché à provoquer celle de ses collègues ; qu'il n'est pas fondé à demander l'annulation de l'arrêté attaqué comme pris en violation de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 » (3). Si le Conseil d'Etat a ainsi changé de formule, nous ne croyons pas que c'est parce que, fatigué de répéter la formule de l'arrêt Winkel dans toutes les affaires de même espèce, il a décidé de la simplifier et de renvoyer en somme implicitement aux considérants des arrêts précédents, car lorsque le Conseil d'Etat a trouvé une formule qu'il juge satisfaisante, il la reproduit sans changement dans tous les arrêts successifs se rapportant à la même question (4).

(3) Conseil d'Etat : 1^{er} Mars 1912 — Tichit.

(4) Comme c'est le cas des arrêts suivants relatifs au monopole des Compagnies Gazières ;

Conseil d'Etat: 26 Déc. 1891 — Comp. Gaz de St-Etienne;

Conseil d'E.: 11 Janv. 1895 — Comp. du Gaz de Limoges;

C. d'Et.: 21 Janv. 1898 — Comp. du Gaz d'Avignon, etc.

Si, par conséquent, dans notre arrêt, il a abandonné sa première formule, c'est qu'également sa façon de voir a changé. Et ainsi il s'oriente peu à peu vers le moment où dans l'arrêt Heyries que nous étudions plus loin, il admettra qu'il existe une hiérarchie parmi les lois, qu'il y a des lois fondamentales même non écrites et d'autres qui ne le sont pas, et que les dernières doivent être subordonnées aux premières; que, par suite, lorsqu'il existe un conflit entre le texte de l'article 65 qui impose une procédure pour la révocation des fonctionnaires et les lois fondamentales sur la hiérarchie administrative qui imposent la révocation immédiate et sans procédure des fonctionnaires, ce conflit doit être tranché en faveur des lois fondamentales.

CHAPITRE V

L'ARTICLE 65 ET LA GUERRE

Au cours de la Guerre, l'application de l'article 65 fut suspendue en ce qui concerne les militaires par le décret du 15 août 1914. Ce dernier fut suivi par le décret du 10 septembre 1914 qui concernait tous les fonctionnaires en général, aussi bien militaires que civils, et dont voici le texte : « article 1 : L'article 65 de la loi du 22 avril 1905 est suspendu pendant toute la durée des hostilités.

Article II. — Tout fonctionnaire qui, pendant la durée des hostilités, aura subi une peine disciplinaire, pourra, à la cessation des hostilités, se pourvoir en révision devant le conseil de discipline. La demande en révision devra être présentée dans le mois qui suivra la cessation des hostilités ».

Par suite vraisemblablement d'une erreur, la ratification de ce dernier décret ne fut pas demandée au Parlement, alors que celui du 15 août 1914 fut ratifié par la loi du 30 mars 1915, qui a validé après coup une quantité de décrets qui, dans les débuts de la guerre avaient excédé les pouvoirs ordinaires du gouvernement.

Le Conseil d'Etat ayant eu plusieurs fois à faire application du décret du 10 septembre 1914, s'était simplement borné à constater que sa légalité n'était pas contestée. Mais il arriva, lors de l'affaire Heyriès (1), que ce moyen fut expressément soulevé. En effet, le re-

(1) Conseil d'Etat : 28 Juin 1918 — Heyriès.

quérant était dessinateur civil du génie militaire ; bien qu'employé par une administration militaire il n'avait pas, quant à lui, la qualité de militaire. Il ne tombait pas sous le coup du décret du 15 août 1914, qui ne concernait que les militaires, mais bien sous le coup du décret du 10 septembre 1914, qui concernait aussi les civils et qui, nous l'avons vu, n'avait pas été validé par une loi postérieure.

Or, au cours de la guerre l'opinion s'était établie, que les décrets empiétant sur des mesures législatives, devaient, pour être valables ou bien avoir été prévus et autorisés d'avance par le législateur, ou bien avoir été validés après coup par une loi (2).

Dans ces conditions le décret du 10 septembre 1914, suspendant des garanties individuelles, paraissait bien être illégal. Et cependant, le Conseil d'Etat recourant à une interprétation des textes constitutionnels le justifie dans les termes suivants : « Considérant que par l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, le Président de la République est placé à la tête de l'Administration Française et chargé d'assurer l'exécution des lois ; qu'il lui incombe dès lors de veiller à ce qu'à toute époque, les services institués par les lois et règlements soient en état de fonctionner et à ce que

(2) Comme exemple de la première alternative, on peut citer la loi du 5 Août 1914, article 2, sur les moratoires comme exemple de la seconde alternative la loi du 17 Mars 1915 ; et enfin comme combinaison des deux, autorisation d'avance, suivie de validation a posteriori, la loi du 18 Février 1918, donnant au Gouvernement des pouvoirs de réglementation considérables en matière de ravitaillement sauf validation des décrets par le parlement dans le délai d'un mois.

les difficultés résultant de la guerre n'en paralysent pas la marche ; qu'il lui appartenait, à la date du 10 septembre 1914 à laquelle est intervenu le décret dont la légalité est contestée, d'apprécier que la communication prescrite par l'article 65, à tout fonctionnaire de son dossier, préalablement à toute sanction disciplinaire était, pendant la durée des hostilités, de nature à empêcher, dans un grand nombre de cas, l'action disciplinaire de s'exercer et d'entraver le fonctionnement des diverses administrations nécessaires à la vie nationale ; qu'à raison des conditions dans lesquelles s'exerçaient en fait à cette époque les pouvoirs publics il avait la mission d'édicter lui-même les mesures indispensables pour l'exécution des services publics placés sous son autorité ;

Considérant qu'en décidant, par le décret pris à la date sus-indiquée, que l'application de l'article 65 serait suspendue provisoirement pendant la durée de la guerre, avec faculté pour les intéressés de se pourvoir après la cessation des hostilités en révision des décisions qui auraient été prises à leur égard, le Président de la République n'a fait qu'user légalement des pouvoirs qu'il tient de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875... ».

Nous nous trouvons donc en présence d'un simple décret qui, d'après le Conseil d'Etat lui-même a pu suspendre l'application d'une loi, et cela en parfait accord avec la Constitution.

Cet arrêt peut paraître étonnant. Cependant il convient de remarquer que d'une façon générale, les lois de garanties individuelles ne sont faites que pour les temps normaux. Dans les temps de crise, où le salut de

l'Etat passe avant les convenances individuelles, ces lois de garanties sont abrogées au moins partiellement et font place à une législation spéciale comme, par exemple, celle relative à l'état de siège, plus ou moins restrictive des libertés individuelles. Mais toujours dans ces conditions, les lois de garanties sont suspendues en vertu de textes législatifs précis. Tandis que dans notre affaire nous sommes en présence d'un acte du Pouvoir exécutif qui abroge une loi et qui, par conséquent, fait échec à la règle sur laquelle repose tout notre régime de la légalité, à savoir la règle en vertu de laquelle le règlement et le décret sont subordonnés à la loi et ne peuvent rien entreprendre contre elle.

Pour justifier cet acte extraordinaire du Pouvoir exécutif, le Conseil d'Etat déclare que c'est la Constitution elle-même qui permet en temps de guerre, de suspendre cette règle fondamentale du régime de la légalité.

Et cependant cet article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, visé par le Conseil d'Etat, nous dit simplement que « le Président de la République promulgue les lois ; il en surveille et en assure l'exécution ; il dispose de la force armée ; il nomme à tous les emplois civils et militaires ».

Mais interprétant ce texte, le Conseil d'Etat remarque que le Pouvoir exécutif n'a pas seulement pour mission d'assurer l'exécution des lois, mais également la marche normale des services publics. Et même on peut dire que cette dernière mission est, en somme, primordiale car, avant d'assurer l'application de la loi il faut assurer la vie de l'Etat. Il faut vivre d'abord et ensuite vivre régulièrement, toujours dans les circonstances normales, autant qu'on le peut dans les circonstances anormales.

Par conséquent, lorsqu'en temps de crise la bonne marche des services publics pourrait être entravée par l'application de certaines lois, le Pouvoir exécutif a le devoir de ne pas appliquer ces dernières. Il se produit, en somme, une différenciation parmi les lois qui ont une influence sur la marche de l'Administration : il y a des lois qu'il faut appliquer, parce qu'elles assurent la marche régulière des services publics, et il y en a d'autres dont il faut suspendre l'application parce qu'elles entraveraient cette marche. Mais le Gouvernement n'est pas libre de faire cette discrimination à sa guise, il ne peut pas refuser d'appliquer une loi, parce que tel est son bon plaisir. Il acquiert seulement en temps de crise le droit de suspendre les lois dont l'application serait incompatible avec la marche de l'Etat. Et parmi ces dernières figurent même les lois de garanties individuelles, parce que les temps anormaux font passer au premier plan ce qui, en temps normal, est à l'arrière plan : en temps normal la liberté individuelle est au premier plan, en temps de guerre, c'est la légitime défense de l'Etat.

Si l'on veut bien y réfléchir, ce pouvoir du Gouvernement ne paraît pas aussi exorbitant qu'à première vue. Déjà en temps de paix, lorsque tout marche normalement, on lui reconnaît déjà un certain pouvoir d'appréciation dans l'exécution de la loi. Le Président de la République, dit la Constitution, assure l'exécution de la loi. Mais la Constitution ne dit pas à quel moment cette exécution doit être assurée et on admet généralement que le Gouvernement est libre d'en différer l'exécution. S'il en est déjà ainsi en temps de paix, combien plus grande doit être en temps de guerre la liberté du

Pouvoir exécutif vis-à-vis de l'application de la loi, car alors le salut de la Nation passe avant toute chose. Et on comprend dès lors comment le Conseil d'Etat a pu déduire très logiquement le droit pour le Gouvernement de ne pas appliquer une loi, de cette grande idée constitutionnelle que la marche du Gouvernement et de l'Administration ne doit jamais être arrêtée. Ce n'est donc pas le règlement qui, par sa propre vertu, peut suspendre l'exécution de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, c'est la loi constitutionnelle interprétée comme elle doit l'être qui en a réalisé la suspension.

Ainsi nous le voyons, sous la pression des circonstances, le juge administratif est amené à interpréter les lois constitutionnelles, assumant ainsi un rôle que la doctrine lui avait longtemps refusé. Tant il est vrai que les constructions juridiques ne résistent pas toujours à la poussée des événements et que, pour rester vivant, le droit est obligé de se soumettre à la nécessité qui dérive pour lui de la nature des choses.

CONCLUSION

Il nous reste à juger en quelques lignes la valeur pratique de la règle que nous avons étudiée.

Comme nous l'avons indiqué en abordant le sujet, son introduction dans l'Administration s'est effectuée sans heurts. Elle n'a pas apporté avec elle l'indiscipline et l'anarchie. Au contraire elle a créé, là où ils n'existaient pas déjà, des rapports plus loyaux et plus francs entre chefs et subordonnés. Et ne serait-ce qu'à cause de cela, on peut dire qu'elle a eu des résultats heureux.

Mais il ne faut pas oublier que si le jugement que l'on peut porter sur la règle de la communication du dossier, lui est en somme favorable, le mérite n'en revient pas au législateur.

L'article 65 introduit dans la loi de finances de l'année 1905, aurait pu produire des troubles sérieux dans les services publics. Le texte ne prévoyait aucun détail d'application et sa généralité même en faisait le danger.

Plusieurs fois, nous l'avons montré, le Conseil d'Etat en a écarté l'application. Il n'a pas cru devoir s'arrêter aux termes absolus employés par le texte. Et en agissant ainsi, il n'a fait en somme que se conformer à sa propre tradition d'après laquelle, plutôt que d'interpréter littéralement un texte, il convient de l'appliquer en tenant compte de cette nécessité fondamentale qu'est la bonne marche de l'Administration.

Evidemment les raisons mises en avant par le Conseil d'Etat ne sont pas toujours pertinentes, les arrêts ne sont pas toujours justifiés comme on pourrait souhaiter qu'ils le fussent. Mais le juge ne peut pas tenir unique-

ment compte de l'aspect juridique des questions qu'il a à résoudre. Il y a des réalités extérieures qui s'imposent à lui et il doit s'efforcer précisément de les concilier avec le respect bien compris de la loi.

Si tel est le rôle du juge, on peut dire que le Conseil d'Etat a bien rempli le sien puisqu'il est parvenu en appliquant notre texte, à concilier deux choses opposées, la garantie des droits individuels et la bonne marche des services publics.

VU :

Le Doyen,

H. BERTHÉLÉMY.

VU :

Le Président de la thèse,

Achille MESTRE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

S. CHARLÉTY.

INDEX DES NOTES DE JURISPRUDENCE LES PLUS IMPORTANTES

Note de M. Mestre sous l'arrêt Gros, du 22 Mars 1929;
 Note de M. Hauriou sous l'arrêt Winkel, du 7 Août 1909;
 Note de M. Hauriou sous l'arrêt Tichit, du 1^{er} Mars 1912;
 Note de M. Hauriou sous l'arrêt Heyriès, du 28 Juin 1918;
 Note de M. Bienvenuë sous l'arrêt Battesti, du 22 Janvier 1926.

INDEX DES ARRÊTS CITÉS

Conseil d'Etat 26 Décembre 1891, Compagnie du Gaz de St-Etienne	76
— 11 Janvier 1895, Compagnie du Gaz de Limoges	76
— 26 Février 1897, Ferret	61
— 21 Janvier 1898, Compagnie du Gaz d'Avignon	76
— 30 Mars 1906, Chamaison	30
— 6 Juillet 1906, Nicol	38
— 22 Février 1907, Mamet	41
— 22 Novembre 1907, Rossi	31
— 27 Décembre 1907, Gremillet ...	35
— 27 Décembre 1907, Parenteau ...	41
— 21 Février 1908, Busoni	25
— 22 Mai 1908, Mayoux	33
— 22 Mai 1908, Baudelot	35
— 22 Mai 1908, Caussé	46-47
— 22 Mai 1908, Guéry	50
— 5 Décembre 1908, Serres	38
— 11 Décembre 1908, Duchêne	42
— 25 Juin 1909, Janvion	53

Conseil d'Etat	25 Juin 1909, Dauteroche	46
—	6 Août 1909, d'Hugues	55
—	6 Août 1909, Vilar	55
—	7 Août 1909, Winkel	26-44-68
—	7 Août 1909, Rosier	26
—	28 Janvier 1910, Delval	42
—	25 Février 1910, Pomaret	40
—	8 Juillet 1910, Danger	51
—	22 Juillet 1910, Dussol	54
—	29 Juillet 1910, Lt-Colonel Jannet	39-54
—	6 Août 1910, Almaric	26
—	25 Novembre 1910, Dupuy	54
—	23 Décembre 1910, Roque	48
—	30 Décembre 1910, Lacaze	53
—	30 Décembre 1910, Rieu	54
—	3 Février 1911, Moriond	54
—	17 Mars 1911, Nourigat	24
—	7 Avril 1911, Duminil	53
—	8 Avril 1911, Grémont	43
—	12 Mai 1911, Berthelin	43
—	20 Novembre 1911, Elluin	41
—	22 Déc. 1911, Laplace d'Olonde	43
—	26 Janvier 1912, Lalanne	36
—	16 Février 1912, Lafond	35
—	1 ^{er} mars 1912, Tichit	76
—	8 Mars 1912, Serres	50
—	26 Avril 1912, Dussol	43
—	3 Mai 1912, Vayssière	30
—	6 Août 1912, Defrance	32
—	28 Janvier 1913, Simon	62
—	14 Avril 1913, Petit	22
—	30 Janvier 1914, Fumet	30
—	20 Mars 1914, Bessières	21-22-25
—	3 Avril 1914, Digard	62

Conseil d'Etat	4 Avril 1914, Chédanne	21-22
—	12 Mars 1915, Vandenberg	30
—	14 Mai 1915, Mermant	25
—	7 Avril 1916, Calas	32
—	2 Juin 1916, Fays	35
—	24 Novembre 1916, Vuillaume ...	21-22
—	26 Janvier 1917, Bellevallée ...	21-22
—	16 Février 1917, Rieu	51
—	6 Juillet 1917, Druhot	61
—	15 Février 1918, Gervais	25
—	18 Avril 1918, Voltine	61
—	28 Juin 1918, Heyriès	78
—	11 Avril 1919, Labussière	20
—	30 Juillet 1920, Salva	58
—	8 Juillet 1921, Lacroix	61
—	9 Mars 1923, Hardouin de la Forge	25
—	27 Juillet 1923, Dame Mosbach.	21
—	18 Juin 1924, Cornaud	60
—	11 Juillet 1924, Sayn	25
—	6 Août 1925, Kervégand	59
—	22 Janvier 1926, Battesti	26
—	27 Janvier 1926, Ajax-Saint-Clair	58
—	20 Mai 1927, le Roy d'Etiolles ...	63
—	22 Mars 1929, Gros	63
—	23 Octobre 1931, Arceau	46
Cour de Cassation	Req. 18 Mars 1902	71
—	Civ. Cass. 4 Mai 1904	71
—	— 13 Novembre 1906	71
—	— 15 Mai 1907	71
—	Crim. 9 Juillet 1921	71
—	Civ. 15 Mai 1922	71
—	— 1 ^{er} Mai 1923	71
—	— 29 Décembre 1925	71
—	— 24 Janvier 1927	71

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	5
CHAPITRE I: Personnes auxquelles s'applique la règle de la communication du dossier	14
CHAPITRE II: Conditions d'application de l'arti- cle 65	29
CHAPITRE III: Restrictions apportées par le Con- seil d'Etat à l'application de l'article 65	52
CHAPITRE IV: L'article 65 et la grève des fonction- naires	68
CHAPITRE V: L'article 65 et la guerre	78
CONCLUSION	84
INDEX	87
